



UNIVERSITÀ DI PISA
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

SCUOLA DI DOTTORATO IN SCIENZE GIURIDICHE
PROGRAMMA DI DIRITTO PRIVATO (IUS/01)

TESI DI DOTTORATO

Sanzioni inibitorie ed illecito civile

Relatore

Chiar.ma Prof. Grazia Ceccherini

Candidato

Matteo Checchi

Anno accademico 2013-2014

INDICE

CAPITOLO I

LE FONTI DELLA TUTELA INIBITORIA

1. Premessa	5
2. Il Codice civile vigente e le leggi ad esso coeve	9
3. Le leggi successive	21
4. Il diritto europeo	48
4.1. La Direttiva 93/13/CE	51
4.2. La Direttiva 98/27/CE	53
4.3. La Direttiva 2005/29/CE	55
4.4. La Direttiva 2009/136/CE	59
4.5. La Direttiva 2001/83/CE	60
4.6. Il Regolamento CE 207/2009	61
5. Il progetto di legge sui beni comuni	62

CAPITOLO II

PROFILI SISTEMATICI - INIBITORIA E ILLECITO CIVILE

1. Inibitoria come sanzione	68
2. L'affermata funzione di prevenzione	79
3. Problemi concettuali: premessa	90
4. Illecito civile e violazione della norma	91
5. Una prospettiva rovesciata: inibitoria senza illecito	98
6. Una proposta originale: la distinzione tra illecito e fatto illecito	103
7. Inibitoria e violazione di diritti assoluti	109

8. Critiche alla correlazione tra diritti assoluti e inibitoria	113
9. Inibitoria e danno	117
10. Una teoria eterodossa: l'inibitoria come espressione della responsabilità civile	128
11. Inibitoria e colpa	131
11.1. Casi dubbi. La condotta antisindacale	139
11.2. Gli ordini di protezione familiare	142
11.3. La diligenza nelle pratiche commerciali	143
12. Inibitoria e autotutela	147
13. Riconduzione ad unità	157

CAPITOLO III

FORMA E SOSTANZA DELLA TUTELA INIBITORIA

1. Le questioni rilevanti. Gli effetti della sentenza	161
2. La natura della sentenza inibitoria	163
2.1. Ipotesi del mero accertamento	163
2.2. Ipotesi del provvedimento costitutivo	168
2.3. Inibitoria, rimozione e misure coercitive nella teoria costitutiva	180
2.4. Ipotesi del provvedimento amministrativo	185
2.5. La tesi dominante: inibitoria come condanna	189
3. Il contenuto della sentenza inibitoria ed i poteri del giudice	197
4. Il "tempo" nella tutela inibitoria	203
5. L'esecuzione dell'inibitoria: l'art. 614-bis c.p.c.	209
<i>Bibliografia</i>	218

CAPITOLO 1

LE FONTI DELLA TUTELA INIBITORIA

1. Premessa

Un approccio ordinato allo studio della tutela inibitoria richiede che in via preliminare sia svolta una ricognizione delle relative fonti, iniziando l'opera a partire dalle leggi ordinarie.

Questa scelta non fuoriesce dal solco della tradizione, visto che la gran parte delle trattazioni che affrontano il tema dell'inibitoria prende le mosse proprio dal dato normativo, ma appare ancora valida e utile, se non necessaria, per poter avere piena contezza di una legislazione che è andata via via sedimentandosi nei decenni - pur essendo già abbastanza ricca al tempo della codificazione del 1942, se si considera il contesto storico in cui si collocava - nella necessità di far fronte (di solito, con ritardo) alle necessità dei tempi, ma senza che questo si sia mai tradotto in un disegno di ispirazione sistematica¹.

¹ Diversa, ad esempio, la testimonianza che ci perviene dall'ordinamento francese, in cui, paradossalmente, la mancanza originaria nel *Code* di fattispecie espresse di azioni inibitorie ha permesso di estendere le potenzialità operative dell'art. 1382 Cod. civ., che com'è noto disciplina il fatto illecito in modo analogo (ma non del tutto) al nostro art. 2043 c.c. Sul punto si rinvia alla poderosa monografia di BLOCH, *La cessation de l'illicite - Recherche sur une fonction méconnue del responsabilité civile extracontractuelle*, Dalloz, Paris, 2008, e per quanto riguarda la letteratura italiana, a CHABAS, *L'astreinte nell'esperienza francese*, in AA.VV., *Azione inibitoria e interessi tutelati* (Atti del Convegno di studio tenutosi a Perugia nei giorni 14-15 aprile 2005), ed. ESI, Napoli, 2007, p. 165 e ss., nonché ai saggi di TARUFFO (*"L'attuazione esecutiva dei diritti: profili*

Di seguito alle fonti ordinarie, si procederà poi ad una ricognizione del diritto europeo, in particolare quello delle direttive comunitarie, che tanta importanza rivestono nella realtà attuale proprio con riguardo al tema in esame.

Si vedrà infatti che una notevole estensione dell'inibitoria - forse la più significativa dall'epoca dell'ultima codificazione, insieme a quella operata dalle leggi sulla protezione dei dati personali del 1996 e del 2003 - si è avuta grazie al recepimento, a partire dagli anni '90, delle direttive che, prima a livello settoriale, poi in via generale hanno contribuito ad istituire un complesso sistema di difesa dei consumatori, una sorta di "Statuto" dei loro diritti, la cui effettiva portata è ancora da esplorare (non sembrando affatto limitata alla sola definizione di rapporti commerciali tra le parti: si noti, giusto per un primissimo e rapido esempio, la menzione del "diritto alla salute" contenuto nell'art. 2, comma 2, del Codice del consumo, che riprende l'originario art. 1, comma 2 della L. 281/1998)².

comparatistici"), CENDON ("*Le misure compulsorie a carattere pecuniario*"), FRIGNANI ("*Il mondo dell'astreinte: sviluppi recenti e prospettive*") raccolti in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti* (Atti del Convegno tenutosi a Palermo nei giorni 22-24 ottobre 1987), a cura di S. Mazzamuto, Jovene, Napoli, 1989, vol. I, rispettivamente alle pagg. 63 ss., 293 ss., 359 ss. Come si avrà modo di vedere nel corso di questo studio, un importante movimento di pensiero ha proposto che anche in Italia fosse seguita questa strada, proprio avvalendosi della disciplina del fatto illecito che, storicamente, avvicina le esperienze dei due Paesi.

² Di "*Bill of rights*" dei consumatori parla ALPA, *La legge sui diritti dei consumatori*, in *Corr. giur.*, 1998, p. 997 ss.; dello stesso Autore si veda anche, per una più ampia ricostruzione della materia, la parte relativa a *La persona fisica*, in ALPA-RESTA, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da R. Sacco, UTET, Torino, 2006, p. 37 ss. Sulla L. 281/1998, *ex multis* cfr. DE NOVA, *I contratti dei consumatori e la legge sulle associazioni*, in *I contratti*, 1998, p. 545 ss.; MINERVINI, *I contratti dei*

In questo sistema, un ruolo primaria importanza è stato assunto, sotto il profilo dei soggetti attori, dalle associazioni rappresentative degli interessi dei consumatori, mentre il mezzo per la realizzazione di tale obiettivo è stato individuato precipuamente nell'azione inibitoria cd. collettiva, destinata ad affiancare - per rafforzarli e meglio ancora per prevenirli - i "classici" rimedi della nullità contrattuale e del risarcimento del danno³.

Questa opera di ricognizione non farà invece riferimento alla fonte di rango superiore, e cioè la Costituzione, che ci si aspetterebbe precedere l'analisi delle fonti ordinarie: la scelta in questo senso è dovuta a due fondamentali ragioni.

La prima è che l'irrompere dell'argomento costituzionale nel discorso sull'inibitoria si è avuto solo in tempi più recenti (approssimativamente a partire dagli anni '70) ed è stato avanzato essenzialmente per accreditare la tesi della atipicità di questa forma di tutela; di esso si è fatta portatrice soprattutto una linea di pensiero sviluppatasi dalla fine degli anni '80, che ha ritenuto tale norma un plausibile appiglio per estendere la tutela inibitoria fuori dai casi espressamente previsti⁴.

consumatori e la legge 30 luglio 1998, n. 281, in I contratti, 1999, p. 938 ss.; GIUSSANI, La tutela degli interessi collettivi nella nuova disciplina dei diritti dei consumatori, in Danno e resp., 1998, p. 1061 ss.; BELLELLI, L'inibitoria come strumento generale di tutela contro l'illecito, in Riv. dir. civ., 2004, p. 610 ss.; e in una più ampia panoramica, GHIDINI-CERASANI, voce "Consumatore (tutela del) (diritti civili)", in Enc. dir., Agg. V, Milano, Giuffrè, 2001.

³ Cfr. *Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio concernente l'applicazione della direttiva 2009/22/CE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori*, 6 novembre 2012, in cui un bilancio ed un programma di ulteriore sviluppo di questo sistema.

⁴ RAPISARDA, *Profili della tutela inibitoria*, Padova, CEDAM, 1987, p. 241 ss.; LIBERTINI, *La tutela civile inibitoria*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, cit., p.

Una parte di quella stessa dottrina, peraltro, non ha mancato di manifestare anche qualche segno di perplessità sulla portata decisiva di tale argomento, che spingerebbe a fare dell'art. 24 Cost. – peraltro declinato in un'ottica essenzialmente processuale, e non sostanziale⁵ - una base normativa di per sé sufficiente a fondare una azione inibitoria non prevista dalla legge⁶.

La seconda ragione – strettamente connessa con la considerazione appena fatta - è che la Costituzione italiana, pur caratterizzandosi per la sua ampiezza, non arriva a menzionare in dettaglio le varie forme di tutela civile, ma si limita a sancire, nell'art. 24, il diritto inviolabile alla tutela giurisdizionale dei diritti; l'incidenza di questa norma, di così ampio contenuto, sulla più specifica tecnica di tutela inibitoria si manifesta pertanto attraverso una argomentazione fondata sul cd. "principio di effettività", che in essa sarebbe consacrato e che dovrebbe guidare l'interprete verso la ricostruzione di un sistema maggiormente orientato alla piena salvaguardia dei diritti, ben al di là delle più limitanti prospettive offerte dalle norme settoriali del diritto civile.

È dunque per la funzione ermeneutica che è stata assegnata al suddetto principio costituzionale che sembra più opportuno non annoverarlo tra le fonti dirette della tutela inibitoria, ma riservargli la funzione di argomento a sostegno delle spinte evolutive del sistema⁷.

329; ID, *Nuove riflessioni in tema di tutela civile inibitoria e risarcimento del danno*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 398

⁵ Questa la obiezione mossa da DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, 4a ed., Milano, Giuffré, 2003, p. 159, alla tesi di RAPISARDA, op. ult. cit.

⁶ LIBERTINI, loc. ult. cit.

⁷ Una conferma di questa circostanza può venire dal fatto che la tendenza giurisprudenziale è nel senso di reperire sempre un riferimento normativo specifico per concedere la inibitoria in casi non espressamente contemplati: di tale tendenza rende

2. Il Codice civile vigente e le leggi ad esso coeve.

Gli studi più risalenti in tema di inibitoria civile, caratterizzandosi per ampiezza di analisi e sforzo ricostruttivo di un istituto disperso in tanti settori disparati dell'ordinamento civile, permettono, per questa stessa ragione, di percepirne la tendenziale frammentarietà, dovuta fondamentalmente all'opera di legislatori che non hanno mai provveduto a riforme che ne facessero uno strumento generale di tutela, teso a contrastare una determinata categoria di atti individuata in base ad elementi caratteristici (essenzialmente, atti illeciti continuativi), ma al contrario hanno proceduto per ambiti, assecondando le istanze, via via emergenti presso le istituzioni e la società civile, che più fortemente reclamavano l'intervento della legge per ottenere riconoscimento formale, e rinunciando così a realizzare un progetto coerente ed uniforme di tutela dei diritti, finalizzato quantomeno a sopire le correnti di pensiero più resistenti all'evoluzione della tutela inibitoria⁸.

testimonianza D'ADDA, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di tutela civile inibitoria definitiva*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, § 5.

⁸ Un lavoro fondamentale in materia, da cui emerge la frammentarietà ricordata nel testo, è quello di FRIGNANI, *L'injunction nel diritto inglese e l'inibitoria nel diritto italiano*, Giuffrè, Milano, 1974, strutturato in verità come comparazione col *common law*, ma in cui è presente una rassegna analitica di tutte le fattispecie di inibitoria civile all'epoca note. Anche l'opera di RAPISARDA, *Profili della tutela civile inibitoria*, CEDAM, Padova, 1987, seppur dedicata prevalentemente agli aspetti processuali - e al di là delle critiche che in varie occasioni ha sollevato -, costituisce comunque un riferimento nella ricerca di un principio generale di tutela preventiva (cfr., ad es., il richiamo critico in BIGLIAZZI GERI-BRECCIA-BUSNELLI-NATOLI, *Diritto civile, 3, Obbligazioni e contratti*, UTET, Torino, 1992 (ed. rist. 1995), p. 787 ss.). La varietà e

Non è da escludere, peraltro, che questa rinuncia sia stata indotta dalla convinzione che lo stato vigente garantisse già un livello di tutela adeguato, ovvero dalla constatazione che l'opera degli interpreti potesse essere in grado – al pari di quanto accadeva in esperienze giuridiche vicine alla nostra (in particolare, Francia e Germania) – di colmare le lacune dell'ordinamento⁹.

Ciò ha dato luogo ad almeno due problemi.

Da una parte, ci si è trovati di fronte alla compresenza di disposizioni che, confrontate tra loro, mostravano formulazioni non univoche, per quanto simili, il che imponeva agli interpreti il compito di ricercare le “costanti” della tutela inibitoria – pur con la dovuta cautela richiesta dalla eterogeneità delle materie regolate e, dunque, della peculiarità dei singoli interessi di volta in volta tutelati – dando anche luogo, però, al rischio di larghi margini di incertezza.

l'eterogeneità delle inibitorie civili presenti nel nostro ordinamento è segnalata, in sintesi, ma con ricchezza di contenuti, anche nella classica opera di DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, 3a ed., Giuffré, Milano, 2001, p. 144 ss. In tempi più recenti, si vedano anche PULEO, *Quale giustizia per i diritti di libertà? - Diritti fondamentali, effettività delle garanzie giurisdizionali e tecniche di tutela inibitoria*, Giuffré, Milano, 2005, e ASTONE, *L'autonoma rilevanza dell'atto illecito – Specificità dei rimedi*, Giuffré, Milano, 2012. Una sintesi dettagliata e ricca di riflessioni è poi offerta da BELLELLI, *L'inibitoria come strumento generale di tutela contro l'illecito*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 607 ss.; della stessa Autrice (in qualità di curatrice) si segnala anche la raccolta di atti intitolata *Azione inibitoria e interessi tutelati* (Convegno di Studio tenutosi a Perugia nei giorni 14-15 aprile 2005), ESI, Napoli, 2007, dalla quale parimenti emerge la necessità di offrire un disegno il più possibile comprensivo e coordinato del sistema delle inibitorie.

⁹ La prima di queste ragioni, peraltro, poteva trovare valido appoggio nelle tesi che partivano dal presupposto che la tutela in cessazione avesse natura eccezionale (cfr. ad es., SCOGNAMIGLIO, voce “Illecito”, in *Nov. Dig. it.*, VIII, 1968, oggi in *Scritti giuridici*, vol. I, Padova, CEDAM, 1996, p. 302 ss., cui si farà più volte riferimento in seguito).

Da altra parte, si è generata quella che può a ragione considerarsi come una delle maggiori questioni poste dalla tutela inibitoria, ossia la sua tipicità. La presenza di norme specifiche, di settore, poste a tutela di interessi determinati - o meglio, "nominati" - sembra, paradossalmente, aver avuto l'effetto di sminuire il senso di "apertura" che quelle stesse norme, invece, avrebbero dovuto rappresentare rispetto al passato¹⁰: se il fine perseguito è stato infatti commendevole ogni volta in cui, riconoscendo valori prima trascurati, l'intervento diretto della legge ha permesso di eliminare il dubbio circa l'esperibilità dell'inibitoria; di contro, proprio il trattamento "speciale" riservato di volta in volta ad alcuni interessi, e non ad altri, ha fornito l'argomento per affermarne la stretta tipicità, con conseguente impossibilità di applicazione analogica ad interessi non testualmente "nominati". In altri termini, è valsa la massima: *ubi lex voluit, dixit*, secondo una logica propria dei divieti¹¹.

¹⁰ Sul dichiarato fine di operare un progresso rispetto al passato, si veda, ad esempio, la *Relazione al Libro del Codice civile «Del lavoro»*, n. 239: dopo aver constatato che *"la materia della concorrenza sleale ha acquistato in questi ultimi tempi una straordinaria importanza"* e che *"la giurisprudenza nostra ha lavorato per molti anni alla repressione della sleale concorrenza con l'unica arma della responsabilità extracontrattuale fondata sull'art. 1151"*, il Relatore sottolinea la *"condizione di evidente disagio"* dei giudici, costretti entro i limiti di una norma che, tra gli altri problemi, *"appariva solo come una norma complementare per la difesa di un diritto che nella specie non era definito in modo positivo"*.

¹¹ In questi termini si è espressa anche di recente la giurisprudenza: v. App. Milano 16 luglio 2008 (in *Foro it.*, 2009, I, c. 904 ss.), che fa proprie le conclusioni della resistente contro una pretesa inibitoria fondata sull'art. 33, Legge 287/1990 per abuso di posizione dominante. Questo particolare caso merita una menzione nel discorso sulla tipicità della tutela inibitoria poiché, a mio giudizio, solo apparentemente accoglie la tesi restrittiva: la negazione di una inibitoria fondata sul predetto art. 33 - che fa parola esclusivamente di azioni di nullità e risarcimento del danno e di provvedimenti d'urgenza - viene infatti ricavata non da un principio generale di stretta tipicità, ma dalla diversa ragione secondo cui, nell'architettura della disciplina *antitrust*, le misure

Di questo secondo problema si parlerà più avanti; quanto al primo, si può dire che, come vedremo meglio nel corso della trattazione, ad oggi pare esser stata raggiunta una maggior consapevolezza circa i caratteri e le finalità della tutela inibitoria, sia per merito degli stessi studi richiamati in precedenza, sia per merito di una lenta ma costante opera di affinamento giurisprudenziale, entrambi sfociati nell'enucleazione di regole comuni che possono ora essere considerate come acquisite; di questi risultati si ritiene di trovar traccia proprio nella formulazione delle norme adottate dai legislatori degli ultimi vent'anni, che in molte occasioni esibiscono concordanze tali da far pensare al recepimento di un linguaggio ormai acquisito e sufficientemente chiaro.

Volendo qui fornire un quadro il più possibile comprensivo, ed iniziando dalle disposizioni presenti nel Codice civile del 1942, si possono individuare le seguenti ipotesi, pacificamente riconosciute, di inibitoria:

1) relativamente ai diritti della personalità, gli artt. 7 (diritto al nome) e 10 (diritto all'immagine);

inibitorie sono riservate all'Autorità garante (cfr. DI CATALDO, *L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato a vent'anni dalla sua istituzione. Appunti critici*, in *Rimedi e tecniche di protezione del consumatore*, a cura di A.M. Gambino, Giappichelli, Torino, 2011, p. 262), mentre ne è escluso il giudice ordinario, cui invece competono solo un potere cautelare ed un generale controllo *ex post*. Se questa lettura risponde al vero, l'argomento potrebbe addirittura essere rovesciato: si potrebbe arrivare così a sostenere l'eccezionalità della normativa *antitrust* all'interno di un sistema improntato alla generale ammissibilità della tutela inibitoria. Per l'affermazione, in giurisprudenza, della tesi restrittiva accennata nel testo, si veda da subito Cass. civ., sez. I, 25 luglio 1986, n. 4755, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1987, I, p. 386 ss., con nota di LIBERTINI.

2) in materia di proprietà e possesso, gli artt. 844 (divieto di immissioni), 949 (azione negatoria), 1079 (cd. *confessoria servitutis*), 1170 (azione di manutenzione del possesso), 1171 (denuncia di nuova opera), 1172 (denuncia di danno temuto) e 2814 (tutela del bene ipotecato);

3) in materia commerciale, l'art. 2599 (divieto di atti di concorrenza sleale) in combinato col precedente art. 2598 che ne individua le fattispecie rilevanti. A seguire il pensiero di alcuni Autori, peraltro, quest'ultimo settore di disciplina potrebbe esser esteso comprendendovi le disposizioni degli artt. 2563 (disciplina della ditta, applicabile anche all'insegna per l'espresso rinvio contenuto nell'art. 2568), 2569 (diritto sul marchio), 2577 (diritto d'autore), 2584 (diritto di brevetto per invenzioni industriali) e 2592 (brevetto per modelli di utilità); la ragione dell'ampliamento si troverebbe nel carattere di "esclusività" testualmente attribuito a ciascuno dei diritti in esse contemplati, dal quale è possibile far discendere - come corollario della qualificazione normativa ed in relazione al modello cui questi diritti si ispirano, ossia il diritto di proprietà, seppur avente ad oggetto beni immateriali - il riconoscimento implicito della protezione giuridica in forma inibitoria, pur non ricorrendo la menzione espressa del classico "ordine di cessazione" che caratterizza la relativa pretesa¹².

Per completezza, si potrebbe menzionare anche una ulteriore disposizione sempre compresa nel Codice civile, la cui valenza inibitoria peraltro non è stata sempre pacifica come per le altre appena elencate: l'art. 1585, che concede al conduttore di agire "*in nome proprio*" direttamente contro il terzo che compia molestie *di fatto* in pregiudizio del suo

¹² FRIGNANI, *L'injunction*, cit., p. 310; più velatamente, VANZETTI-DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, 7a ed., Milano, Giuffrè, 2012, p. 152. Cfr. anche RAPISARDA, *Profili*, cit., p. 160 per ulteriori riferimenti.

godimento. La sua rilevanza in materia ha infatti avuto modo di manifestarsi, in passato, con riferimento a casi di immissioni intollerabili ex art. 844 c.c. ed i giudici di legittimità, seppur con alcuni limiti, hanno ammesso la legittimazione del conduttore anche all'esperimento di una azione inibitoria¹³.

Come si può dunque osservare, il Codice civile annoverava già nella sua originaria struttura una quantità significativa di azioni inibitorie, ben superiore ai suoi modelli di riferimento, e cioè il BGB tedesco ed il *Code* francese; mentre nel primo, infatti, al § 1004 – chiave di volta nella costruzione di un principio di generale applicabilità della tutela¹⁴ –

¹³ Cfr. Cass., sez. II, 11 novembre 1992, n. 12133, in *Foro it.*, 1994, I, c. 205 ss., con nota di LENER, *"Immissioni 'intollerabili' e azione inibitoria ex art. 844 c.c.: natura, legittimazione attiva e rapporti con l'«actio negatoria»". La tutela del promissario acquirente nel preliminare c.d. 'ad effetti anticipati'".* L'annotatore tiene particolarmente a sottolineare l'importanza della sentenza per la novità che apporta alla tutela del conduttore: al di là della dichiarazione dei giudici di applicare l'art. 844 c.c. in via analogica, in realtà il loro ragionamento parte proprio dal richiamo all'art. 1585, comma 2, c.c., che costituirebbe così la vera base normativa per estendere anche al conduttore la tutela inibitoria contro il terzo. Vi sarebbe però un limite alle pretese del conduttore, la cui *ratio* sarebbe da trovare essenzialmente nella sua più "debole" posizione rispetto al titolare di un diritto reale: i provvedimenti inibitori disposti dal giudice non potrebbero spingersi fino al punto di imporre modificazioni sostanziali al fondo del vicino immittente. A questo orientamento ha prestato poi piena adesione anche la successiva Cass., sez. II, 22 dicembre 1995, n. 13069, in *Foro it.*, 1996, I, c. 533 ss., con nota di CARINGELLA. In passato, l'estensione delle facoltà di azione del conduttore era argomento controverso: cfr. VITALI, *Della locazione art. 1571-1654*, in *Comm. teorico-pratico al Cod. civ.* diretto da V. de Martino, PEM, Roma-Novara, 1975, p. 194 ss. Si veda tuttavia MESSINEO, *Manuale di dir. civ e comm.*, Giuffré, Milano, vol. IV, 1954, p. 170, che già riconosceva al conduttore, in deroga ai limiti dell'art. 1170 c.c., la legittimazione ad agire in manutenzione contro il terzo molestante.

¹⁴ Per una ricostruzione storica del percorso giurisprudenziale tedesco, si veda nella letteratura italiana RAPISARDA, *Profili*, cit., cap. II e IV, *passim*. Cfr. anche, per

si aggiungevano casi ulteriori (ad esempio, il § 12 sul diritto al nome, il § 862 sul possesso o il § 1134 in materia ipotecaria), il *Code* non contemplava disposizioni analoghe, accentrando la materia dell'illecito nel più generale *art.* 1382, cui dottrina e giurisprudenza si sono dovute necessariamente rivolgere per trovare un fondamento positivo alla cessazione dell'illecito¹⁵.

Mantenendosi sullo stesso piano temporale, va inoltre rilevato che le fattispecie di inibitoria conosciute all'epoca dell'emanazione del Codice non erano solo quelle ivi contenute: per un verso, infatti, erano già presenti disposizioni analoghe in testi normativi di capitale importanza per i settori del diritto industriale e dei diritti della personalità (il riferimento è ovviamente alle discipline dei segni distintivi dell'azienda e delle opere dell'ingegno, oggi sinteticamente riunite nella nozione di "*proprietà intellettuale*"); per altro verso, nel Codice di procedura civile del 1940 era contenuta una norma che, nonostante la semplice funzione di "chiusura" del sotto-sistema dei procedimenti cautelari, avrebbe col tempo guadagnato - grazie anche al supporto offerto dalla dottrina¹⁶ - una posizione di preminenza nella realtà applicativa dell'inibitoria.

Quanto alle prime, si trattava di materie che, come si è visto poc'anzi, avevano trovato un loro spazio autonomo nel Codice civile, agli articoli 2563-2594, ma è altresì evidente come questi ultimi non fornissero che una cornice generale dei diritti in questione, rinviando alle leggi speciali per la disciplina di dettaglio (si vedano i rinvii dell'art. 2574 per il marchio, dell'art. 2583 per il diritto d'autore e dell'art. 2591 per i brevetti;

una più recente informazione, HAUSMANN, *L'esperienza tedesca*, in AA.VV., *Azione inibitoria e interessi tutelati*, cit., p. 173 ss.

¹⁵ BLOCH, *La cessation*, cit., *passim*, ma in part. p. 74 ss.

¹⁶ L'apporto in questa direzione è dato principalmente dalla tesi di FRIGNANI, *L'injunction*, cit., p. 457 ss.

ma si veda anche il richiamo del citato art. 10 c.c. ai “*casi in cui l'esposizione o la pubblicazione è dalla legge consentita*”, riferito ancora alla legge speciale sul diritto d'autore per quel che riguarda la diffusione dell'immagine della persona in forma di ritratto¹⁷).

In particolare, per quanto concerne l'inibitoria, le disposizioni in questione erano:

1) l'art. 83 del R.D. 29 giugno 1939, n. 1127 (inibitoria contro la violazione dei diritti di brevetto per invenzione industriale). La medesima disciplina era applicabile anche ai brevetti per *modelli* (e non *invenzioni*) industriali di cui al R.D. 25 agosto 1940, n. 1411, in virtù del rinvio operato dall'art. 1 del decreto stesso;

2) l'art. 156 della Legge 22 aprile 1941, n. 633 (inibitoria contro la violazione dei diritti d'autore), applicabile sia per i diritti di utilizzazione economica, sia per la protezione del cd. diritto morale, in virtù del rinvio operato dall'art. 168 della stessa legge¹⁸;

¹⁷ Sulla relazione tra art. 10 c.c. ed art. 97 Legge dir. aut., cfr., *ex multis*, Cass. civ., sez. I, 29 settembre 2006, n. 21172, pubblicata in *Giust. civ.*, 2007, I, 2785 ss., ed in *Fam. e dir.*, 2007, p. 134 ss., con nota di LENA. Nel caso specifico non si poneva un problema di tutela della *privacy* poiché il fatto (pubblicazione di foto di un minore, figlio della ricorrente, ripreso col padre e con la di lui nuova compagna, una nota attrice televisiva) era avvenuto nel 1995, pertanto non sia applicava *ratione temporis* la L. 675/1996.

¹⁸ Questa fattispecie si distinguerebbe, a parere di autorevole dottrina (FRIGNANI, *L'injunction*, cit., p. 332), per essere “la più chiara definizione normativa dell'azione inibitoria” presente nel nostro ordinamento. Occorre peraltro rammentare che la disposizione oggi vigente è frutto della riformulazione operata dall'art. 2, D.lgs. 16 marzo 2006, n. 140, in attuazione della Direttiva 2004/48/CE (nota anche come direttiva “*Enforcement*”), il cui scopo è stato essenzialmente quello di aggiornare le precedenti disposizioni alle attuali esigenze della società dell'informazione: si vedano in proposito i riferimenti agli intermediari di servizi quali ulteriori legittimati passivi all'azione (comma 1, primo periodo), la previsione di *astreintes* per le violazioni

3) art. 63 del R.D. 21 giugno 1942, n. 929 (inibitoria contro la violazione dei diritti di sfruttamento del marchio registrato).

È poi opportuno segnalare, all'interno di questo quadro, una fonte ulteriore, che aveva avuto grande importanza in epoca anteriore all'entrata in vigore delle norme codicistiche poiché aveva dettato la prima disciplina della concorrenza sleale: la "*Convention d'union de Paris du 20 mars 1883 pour la protection de la propriété industrielle révisée à Bruxelles le 14 décembre 1900, à Washington le 2 juin 1911 et à La Haye le 6 novembre 1925*", resa esecutiva in Italia con R.D.l. 10 gennaio 1926, n. 169, poi convertito nella Legge 29 dicembre 1927, n. 2701.

In particolare, di quella convenzione interessano gli articoli 10^{bis} e 10^{ter}: mentre il primo degli articoli menzionati forniva la definizione di concorrenza sleale, poi confluita (ma con sottili divergenze) nell'art. 2598 c.c., il secondo disponeva che "*les pays contractants s'engagent à assurer aux ressortissants des autres pays de l'Union des recours légaux appropriés pour réprimer efficacement tous les actes visés aux articles 9, 10 et 10 bis.*"; questa seconda disposizione, a ben vedere, non faceva parola di azione in cessazione, né conteneva altre locuzioni che evocassero la tutela inibitoria, limitandosi ad impegnare gli Stati contraenti ad apprestare forme di "repressione efficace" degli atti anticoncorrenziali, ma fu proprio in virtù di questa clausola che furono poste le basi per la dettagliata formulazione del futuro art. 2599 c.c.¹⁹.

dell'inibitoria (comma 1, secondo periodo), o l'espresso rinvio al D.lgs. 70/2003 (comma 2). Ciò che interessa per i nostri fini, tuttavia, è che la riforma non ha comportato mutamenti di rilievo sotto il profilo strettamente definitorio, pertanto può ritenersi che l'affermazione di Frignani sopra citata mantenga tuttora il proprio valore.

¹⁹ Sulla Convenzione di Parigi (e le sue successive integrazioni) nell'ordinamento italiano, cfr. GHIRON, *la concorrenza e i consorzi*, in *Tratt. dir. civ. ita-*

L'ultimo riferimento normativo da considerare ai fini dell'inibitoria – sempre, si rammenta, nel contesto storico della codificazione civile – è quello dell'art. 700 c.p.c., riguardante i cd. provvedimenti di urgenza che il giudice può disporre per “assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito” quando vi sia “fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile”.

Esso ha costituito un punto di riferimento essenziale nello studio dell'inibitoria, in particolare per quella parte della dottrina che, come si vedrà meglio più avanti, ha ritenuto di trovarvi quella base legale – che il civilista, invece, ha sempre ed affannosamente ricercato nel diritto sostanziale – necessaria per affermare la generale applicabilità della tutela in questione²⁰.

Qui, peraltro, non si entrerà subito nel merito della questione circa la rilevanza dell'art. 700 c.p.c. per la costruzione di una teoria generale della tutela inibitoria: al di là delle forti critiche cui si è esposta la dottrina appena richiamata, il problema è infatti ben più profondo poiché attiene alla classificazione di detta disposizione nell'ambito della tutela cautelare, la cui funzione di salvaguardia ed il cui carattere di provvisorietà (resi espliciti, del resto, dalla sua stessa formulazione) sono tali da impedirne una trattazione unitaria con la maggior parte delle altre di-

liano, diretto da F. Vassalli, vol. X, t. 1, UTET, Torino, 1949, p. 13 ss.; GHIDINI, *La concorrenza sleale: i principi*, in GHIDINI-LIBERTINI-VOLPE PUTZOLU, *La concorrenza e i consorzi*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. dell'econ.* diretto da F. Galgano, vol. IV, CEDAM, Padova, 1981, p. 81 ss. Più recentemente, FLORIDIA, *L'illecito concorrenziale fra il diritto soggettivo e la tutela dei consumatori*, in AA.VV., *Diritto industriale – Proprietà intellettuale e concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 329 ss.

²⁰ FRIGNANI, *L'injunction*, cit., p. 371 ss.

sposizioni finora menzionate, che invece contemplano una tutela “definitiva” in quanto dotata della forza e della stabilità proprie del giudicato che si forma all’esito di una cognizione ordinaria; a tal proposito si parla di “maggior parte”, e non di tutte le disposizioni, poiché, come si vedrà, anche le cd. azioni di nunciazione degli artt. 1171 e 1172 c.c. (citate in precedenza) hanno una finalità cautelare – condivisa, giusto per fornire un ulteriore esempio tratto ancora dal Codice di rito, dal provvedimento sospensivo di cui all’art. 283 c.p.c., comunemente declinato in termini di inibitoria processuale - e, nella frequente bipartizione tra cd. “inibitorie provvisorie” ed “inibitorie definitive”, vengono giustappunto annoverate nel primo gruppo²¹.

Senza poi contare un’ulteriore circostanza, altrettanto rilevante in merito alla collocazione dell’art. 700 c.p.c. nel sistema delle tutele, data dalla riforma operata con D.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito in Legge 14 maggio 2005, n. 80, che ha comportato un allontanamento dei provvedimenti urgenti in esame dall’area della stretta cautela, visto che il novello 6° comma dell’art. 669-*octies* c.p.c., introdotto dal Decreto citato, prevede la permanenza dei loro effetti, quando abbiano funzione anticipatoria, senza che sia instaurato il processo di merito (dal quale invece lo stesso provvedimento, ove fosse veramente di natura cautelare, non potrebbe prescindere).

²¹ Cfr. FRIGNANI, *op. cit.*, p. 335 ss. Sulla natura cautelare delle azioni di nunciazione, cfr. *ex multis* SACCO, *Il possesso*, in *Tratt. dir. civ. comm.* diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, Giuffré, Milano, 1988, p. 249; BIGLIAZZI GERI-BRECCIA-BUSNELLI-NATOLI, *Diritto civile*, 2, *Diritti reali*, UTET, Torino, 2001, p. 424; AIELLO e GIACOBBE, *Della denunzia di nuova opera e di danno temuto (art. 1171-1172)*, in AIELLO-GIACOBBE-CARAMAZZA, *Comunione, possesso e azioni di nunciazione – art. 1100-1172*, *Comm. teorico-pratico al cod. civ.* diretto da V. de Martino, PEM, Roma-Novara, 1971, p. 1016.

In ogni caso, con queste notazioni preliminari si intende solo anticipare che la diversità di funzioni tra le due categorie di inibitorie non potrà essere affatto trascurata, ed anche se il provvedimento inibitorio potrà manifestare, nei diversi ambiti, effetti analoghi sul piano obbligatorio per le parti litiganti, ciononostante la comprensione della tutela inibitoria richiederà necessariamente una primaria considerazione delle ipotesi in cui essa è prevista come effetto definitivo ed irrevocabile di un accertamento ordinario sui diritti dei contendenti.

Volendo dunque fare un primo, parziale bilancio, risulta evidente che la inibitoria, già al tempo dell'entrata in vigore del Codice civile, aveva tutt'altro che un posto marginale nel sistema delle tutele, così come erano delineate dai testi normativi vigenti; quest'ultimo dettaglio, poi, è particolarmente significativo, poiché permette di comprendere come la fonte di queste numerose azioni non risiedesse in un sistema creato dai giuristi teorici o dalla prassi giurisprudenziale – il che l'avrebbe reso di per sé opinabile – ma fosse nel diritto positivo, ed è questa la ragione che accresce lo stupore dell'interprete, una volta accertato come la dottrina civilistica meno recente abbia trascurato il tema dell'inibitoria, dedicando invece la maggior parte dei suoi sforzi verso gli istituti della responsabilità civile²².

²² Questa constatazione è volutamente limitata alla dottrina civilistica per escludere, invece, quella commercialistica, il cui interesse nei confronti del tema è stato molto maggiore, per ovvie ragioni: è infatti evidente il ruolo "strategico" che assume un mezzo legale come l'inibitoria nella lotta concorrenziale, in particolare nel momento della difesa delle privative industriali, grazie alle quali l'impresa protegge una posizione di monopolio acquisita sul mercato di riferimento, impedendone così l'accesso ai concorrenti.

3. Le leggi successive.

Se la ricognizione appena svolta ha permesso di raccogliere un primo e già consistente gruppo di fattispecie contemplanti “azioni” inibitorie, il bilancio finale risulterà sorprendente a seguito della ricerca sulle fonti entrate in vigore successivamente al Codice civile.

Seguendo l’ordine temporale di adozione dei vari provvedimenti, si segnalano infatti:

1) l’art. 28 della Legge 20 maggio 1970, n. 300 (“Statuto dei lavoratori”), che introduce il mezzo per la cd. repressione della condotta antisindacale: *“qualora il datore di lavoro ponga in essere comportamenti diretti ad impedire o limitare l'esercizio della libertà e della attività sindacale nonché del diritto di sciopero, su ricorso degli organismi locali delle associazioni sindacali nazionali che vi abbiano interesse, il pretore del luogo ove è posto in essere il comportamento denunciato, nei due giorni successivi, convoca le parti ed assume sommarie informazioni, qualora ritenga sussistente la violazione di cui al presente comma, ordina al datore di lavoro, con decreto motivato ed immediatamente esecutivo, la cessazione del comportamento illegittimo e la rimozione degli effetti”*. Questa disposizione ha da sempre costituito un punto di riferimento per lo studio dell’inibitoria, specie per le questioni relative alla tutela collettiva dei diritti²³;

2) l’art. 15 della Legge 9 dicembre 1977, n. 903 (Parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro), secondo cui *“qualora vengano posti in essere comportamenti diretti a violare le disposizioni di cui agli articoli 1 e 5 della presente legge [riferiti, rispettivamente, alle discri-*

²³ Se ne veda una efficace sintesi nella recente voce enciclopedica di DONZELLI, *“Interessi collettivi e diffusi”*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2007, p. 7.

minazioni basate sul sesso del lavoratore e all'adibizione delle donne al lavoro notturno, ndr], su ricorso del lavoratore o per sua delega delle organizzazioni sindacali, il pretore del luogo ove è avvenuto il comportamento denunciato, in funzione di giudice del lavoro, nei due giorni successivi, convocate le parti e assunte sommarie informazioni, se ritenga sussistente la violazione di cui al ricorso, oltre a provvedere, se richiesto, al risarcimento del danno anche non patrimoniale, nei limiti della prova fornita, ordina all'autore del comportamento denunciato, con decreto motivato ed immediatamente esecutivo, la cessazione del comportamento illegittimo e la rimozione degli effetti". Gran parte della legge, compresa la disposizione qui riportata, è stata peraltro abrogata dal D.lgs. 198/2006, su cui *infra*;

3) l'art. 7 del D.lgs. 25 gennaio 1992, n. 74 (Attuazione della direttiva 84/450/CEE in materia di pubblicità ingannevole e comparativa), i cui commi 2° e 6° comma prevedevano rispettivamente che "[...] 2. I concorrenti, i consumatori, le loro associazioni ed organizzazioni, il Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato, nonché ogni altra pubblica amministrazione che ne abbia interesse in relazione ai propri compiti istituzionali, anche su denuncia del pubblico, possono chiedere all'autorità garante che siano inibiti gli atti di pubblicità ingannevole o di pubblicità comparativa ritenuta illecita ai sensi del presente decreto, la loro continuazione e che ne siano eliminati gli effetti. [...] 6. L'Autorità [garante della concorrenza e del mercato, ndr] provvede con effetto definitivo e con decisione motivata. Se ritiene la pubblicità ingannevole o il messaggio di pubblicità comparativa illecito accoglie il ricorso vietando la pubblicità non ancora portata a conoscenza del pubblico o la continuazione di quella già iniziata. Con la decisione di accoglimento può essere disposta la pubblicazione della pronuncia, anche per estratto, nonché, eventualmente, di un'apposita dichiarazione rettificativa in modo da impedire che la pubblicità ingannevole o il messaggio di pubblicità comparativa

ritenuto illecito continuino a produrre effetti."²⁴ Le disposizioni citate non sono state direttamente modificate da parte di successivi atti che hanno

²⁴ In merito alla menzione di questo provvedimento, è opportuno fare fin da subito una precisazione, da ritenersi valida anche per altre fattispecie di inibitoria che qui di seguito verranno passate in rassegna. Val la pena sottolineare come esso, al di là dei profili sostanziali che qui strettamente interessano, abbia introdotto un modello alternativo di giustizia per il consumatore, fondato sul diretto intervento dell'autorità amministrativa nel campo della concorrenza con funzione regolativa del mercato: la competenza a conoscere le controversie ingenerate da attività pubblicitarie decettive in pregiudizio dei consumatori e, più genericamente del pubblico, oltre che dei concorrenti (si veda la platea dei soggetti menzionati dall'art. 1 del citato Decreto), è stata infatti affidata all'Autorità garante della concorrenza e del mercato (più nota come "Autorità *antitrust*", istituita appena due anni prima con Legge 287/1990), la quale, attenendosi ai criteri generali predeterminati dal legislatore (art. 2, lett. b; art. 3 del Decreto) aveva il compito di valutare la condotta dell'impresa e provvedere direttamente a sanzionarla quando questa fosse stata "colpevole" di diffondere messaggi pubblicitari illeciti ai sensi delle predette norme, lasciando poi "a valle" l'intervento del giudice (amministrativo, non ordinario: art. 7, comma 11 del Decreto) in caso essa si opponesse alle sanzioni comminate. Si delineava così un sistema che, a stretto rigore, avrebbe potuto non esser classificato tra le ipotesi di tutela inibitoria "civile", poiché i soggetti lesi (imprenditori concorrenti, consumatori) non divenivano "parti" di un processo ordinario in cui far valere un proprio diritto, ma rimanevano confinati nella posizione di meri portatori di interesse, muniti solo di un potere di impulso, nell'ambito di un procedimento di stampo fondamentalmente amministrativo; il rapporto che si costituiva all'esito dell'accoglimento dell'inibitoria, pertanto, intercorreva tra impresa e Pubblica Amministrazione, non già tra impresa e singolo consumatore/concorrente che aveva fatto denuncia (sottolinea questo aspetto BORRUSO, *La pubblicità ingannevole e la nuova disciplina della pubblicità comparativa*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, II, p. 700 ss., cui si rinvia per ulteriori riferimenti di dottrina. Si vedano altresì le serrate critiche mosse da DI CATALDO, *L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato a vent'anni dalla sua istituzione. Appunti critici*, cit., p. 262, riferite in verità all'attuale assetto dell'Autorità *antitrust*, ma con osservazioni che mi sembrano pienamente valide anche per il presente argomento). Siffatta rappresentazione avrebbe

potuto suggerire un accostamento, per analogia, ad altri settori di attività private amministrate, come accade ad esempio nel diritto urbanistico, in cui il cd. principio della “doppia tutela” giustifica la separazione dei profili di legittimità amministrativa (es.: conformità dell'intervento edilizio al titolo abilitativo) da quello di liceità civilistica (rispetto dei limiti legali nei rapporti di vicinato); anche se poi, in concreto, i due profili presentano inevitabili interferenze, dovute alla stessa disciplina di legge che istituisce rinvii dal secondo al primo: si vedano, ad esempio, il classico caso dell'art. 872 c.c. (su cui v. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo* contin. da L. Mengoni, Giuffré, Milano, 1995, p. 355 ss.; MAUGERI, *Violazione delle norme contro l'inquinamento ambientale e tutela inibitoria*, Giuffré, Milano, 1997, p. 49 ss., 114 ss.; e più in generale TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, 5a ed., Giappichelli, Torino, 2002, p. 107 ss.), oppure la più recente e singolare vicenda – riguardante, per vero, la materia urbanistica in senso ampio – dell'art. 6-ter della Legge 27 febbraio 2009, n. 13 (conversione del D.l. 30 dicembre 2008, n. 208), con cui sono stati posti dei vincoli interpretativi, per talune classi di giudizi, all'art. 844 c.c. (v. al riguardo il commento critico di MAUGERI, *Immissioni acustiche, normale tollerabilità e normative di settore: la nuova disciplina*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, p. 204 ss.). Si ritiene invece opportuno comprendere nella presente ricerca anche le ipotesi ricadenti in questo modello alternativo (e non esclusivo: si vedano i comma 13 e 14 dell'art. 7 del Decreto, che fanno salve sia le azioni di concorrenza sleale, sia – a partire dall'anno 2000 – quelle collettive delle associazioni di consumatori), la cui finalità originaria non avrebbe dovuto essere tanto quella di sottrarre competenze al diritto privato per trasferirle al diritto pubblico, quanto di approntare un via più rapida ed efficace per reprimere i cd. illeciti “di massa”, facendo affidamento sull'attività di una Autorità amministrativa specializzata, dotata di poteri inquisitori, agevolata da procedure più snelle e legittimata a comminare inibitorie analoghe a quelli “civilistiche”, che affiancasse ma non sostituisse del tutto l'attività dei giudici ordinari. Il maggior guadagno di questo sistema “integrato” si sarebbe dovuto apprezzare non tanto sul versante della lotta concorrenziale tra imprese, che di norma – volendo cioè far salve le piccole e piccolissime imprese, la cui situazione è spesso più affine a quella di un consumatore – dispongono di mezzi sufficienti a tutelarsi autonomamente e per le quali, quindi, rimaneva invariato il previgente regime di tutela privatistica; si sarebbe dovuto apprezzare, invece, sul versante del rapporto imprese-consumatori. È infatti notorio che la maggiore carenza dimostrata dal modello di tutela giurisdizionale ordinaria per questa classe di illeciti – ma il di-

scorso potrebbe valere allo stesso modo per ogni altro evento che coinvolge interessi diffusi – risiede nel momento dell'“impulso” ad attivare la macchina della giustizia: se infatti è necessario, affinché ciò si verifichi, che un soggetto individuale affermi d'esser stato leso in un suo diritto, molto spesso accade invece che, seppure la lesione “aggregata” (ossia riferita a tutto il pubblico dei consumatori interessati) sia notevole, la lesione sofferta dal singolo consumatore non raggiunga la soglia minima di rilevanza che, per il suo personale giudizio (soprattutto economico), lo induca a reagire. L'idea di fondo, quindi, era che il *gap* così generato fosse colmato dall'intervento di una Autorità che, accentrando la cognizione degli illeciti commessi dalle imprese, si facesse portatrice (anche) degli interessi consumeristici, notoriamente considerati, nella tradizionale configurazione della concorrenza sleale, solo come riflessi di un'attività imprenditoriale improntata a correttezza. Ciò posto, e ferma restando la differente posizione dell'impresa sanzionata a seconda del canale di tutela attivato – si vedano in proposito le efficacissime critiche svolte da DI CATALDO, *loc. ult. cit.*, nel più ampio contesto del diritto *antitrust* – il punto essenziale che qui preme rimarcare è che, sotto lo stretto profilo degli elementi che caratterizzano l'illecito e del contenuto e degli effetti del provvedimento inibitorio, nel caso della pubblicità ingannevole ex D.lgs. 74/1992 ci si trovi sostanzialmente di fronte ad un illecito civile, che tuttavia, in virtù di questa particolare attribuzione di competenze, partecipa allo stesso tempo della natura di illecito amministrativo (nel senso della sostanziale sovrapposizione dei due ambiti – seppur con riferimento al diritto vigente, ma con affermazioni valide anche per il quadro normativo precedente – cfr. VANZETTI-DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, 7a ed., Giuffré, Milano, 2012, p. 85; AUTERI, in AA.VV., *Diritto industriale – Proprietà intellettuale e concorrenza*, 4a ed., Giappichelli, Torino, 2012, pp. 404-405, che parla di “*fattispecie tipica di concorrenza sleale che si affianca a quelle previste dai nn. 1 e 2 dell'art. 2598 c.c. e dalle altre leggi speciali.*”). Tanto mi sembra sufficiente, pertanto, a giustificare la comprensione di questa e di altre disposizioni analoghe nel presente studio. In merito, poi, alla tematica più generale del rapporto tra modelli di amministrazione “pubblica” e “privata” della concorrenza, rispettivamente quello accentrato in capo ad una Autorità garante (*public enforcement*) o diffusa presso i soggetti agenti nel mercato (*private enforcement*), si rinvia (senza alcuna pretesa di completezza, considerata la vastità della materia) ai saggi contenuti in *Rimedi e tecniche di protezione del consumatore* a cura di A. M. Gambino, Giappichelli, Torino, 2011 (in particolare, i saggi

integrato la disciplina originaria del Decreto (v. ad es., il D.lgs. 25 febbraio 2000, n. 67, che attuando la Direttiva 97/55/CE ha regolato la pubblicità comparativa; o la Legge 6 aprile 2005, n. 49, che ha apportato modifiche ai poteri esercitabili dall'Autorità garante); oggi, tuttavia, non sono più in vigore, essendo stato l'intero Decreto abrogato dall'art. 146 del D.lgs. 206/2005 ("Codice del consumo"), nel cui corpo sono confluite;

4) l'art. 1469-*sexies* c.c., introdotto, insieme al resto del Capo XIV-bis, dalla Legge 6 febbraio 1996, n. 52 (legge comunitaria 1994), che recitava: *"1. Le associazioni rappresentative dei consumatori e dei professionisti e le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, possono convenire in giudizio il professionista o l'associazione di professionisti che utilizzano condizioni generali di contratto e richiedere al giudice competente che inibisca l'uso delle condizioni di cui sia accertata l'abusività ai sensi del presente capo. 2. L'inibitoria può essere concessa, quando ricorrono giusti motivi di urgenza, ai sensi degli articoli 669-bis e seguenti del codice di procedura civile. 3. Il giudice può ordinare che il provvedimento sia pubblicato in uno o più giornali, di cui uno almeno a diffusione nazionale."* La disposizione del 1° comma fu poi integrata dall'art. 6 della Legge 3 febbraio 2003, n. 14 (legge comunitaria 2002), aggiungendo l'inciso *"o che raccomandano l'utilizzo di"* dopo le parole *"che utilizzano"*, al fine di adeguarsi a quanto statuito dalla sentenza della Corte di Giustizia Europea del 24 gennaio 2002, causa C-372/99, che aveva ravvisato, in quella omissione, un inadempimento dello Stato italiano per mancato recepimento della Direttiva 93/13/CE. Attualmente l'art. 1469-*sexies* c.c. (così come il resto del Capo XIV-bis)

di Di Cataldo e Fiorentino) ed in *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato* a cura di M. Maugeri e A. Zoppini, Il Mulino, Bologna, 2009.

non è più in vigore, essendo le sue disposizioni confluite nel Codice del consumo (v. *infra*);

5) l'art. 9 del D.lgs. 18 giugno 1998, n. 192 (Disciplina della sub-fornitura nelle attività produttive), così come integrato dall'art. 11 della Legge 5 marzo 2001, n. 57, il quale, dopo aver proclamato il divieto da parte di un'impresa di abusare dello stato di dipendenza economica in cui si trova un suo cliente o un suo fornitore, stabilisce al 3° comma che: *"il patto attraverso il quale si realizzi l'abuso di dipendenza economica è nullo. Il giudice ordinario competente conosce delle azioni in materia di abuso di dipendenza economica, comprese quelle inibitorie e per il risarcimento dei danni"*. Come si può osservare, la tecnica normativa in questo caso diverge dal modello maggiormente seguito, dal momento che si menzionano genericamente delle "azioni inibitorie" senza che siano direttamente indicati gli elementi della condotta; ciononostante, si può plausibilmente interpretare la disposizione in esame alla luce del contesto in cui è collocata, per giungere alla conclusione che il giudice, ove accerti comportamenti abusivi da parte dell'impresa dominante, ha il potere di pronunciare l'inibitoria ed il risarcimento del danno, non essendo limitato il suo intervento (come invece era prima della modifica del 2001) ad una semplice dichiarazione di nullità del *"patto attraverso il quale si realizzi l'abuso"*;

6) l'art. 42, comma primo, della Legge 6 marzo 1998, n. 40 (Disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero), a mente del quale: *"quando il comportamento di un privato o della pubblica amministrazione produce una discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, il giudice può, su istanza di parte, ordinare la cessazione del comportamento pregiudizievole e adottare ogni altro provvedimento idoneo, secondo le circostanze, a rimuovere gli effetti della discriminazione."* A distanza di pochi mesi dall'entrata in vigore della Legge, tuttavia, il Governo ha

provveduto ad esercitare la delega in essa contenuta (art. 47), emanando il più noto D.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero) e la disposizione citata è stata così riprodotta, con alcune modificazioni, nell'art. 44, primo comma del T.U.: *“quando il comportamento di un privato o della pubblica amministrazione produce una discriminazione per motivi razziali, etnici, linguistici, nazionali, di provenienza geografica o religiosi, è possibile ricorrere all'autorità giudiziaria ordinaria per domandare la cessazione del comportamento pregiudizievole e la rimozione degli effetti della discriminazione”*;

7) l'art. 3 della Legge 30 luglio 1998, n. 281 (Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti), il cui primo comma sancisce che *“le associazioni dei consumatori e degli utenti inserite nell'elenco di cui all'articolo 5 sono legittimate ad agire a tutela degli interessi collettivi, richiedendo al giudice competente: a) di inibire gli atti e i comportamenti lesivi degli interessi dei consumatori e degli utenti; b) di adottare le misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate; c) di ordinare la pubblicazione del provvedimento su uno o più quotidiani a diffusione nazionale oppure locale nei casi in cui la pubblicità del provvedimento può contribuire a correggere o eliminare gli effetti delle violazioni accertate”*; disposizione, questa, da leggere in combinato con l'art. 1 della medesima legge, che fornisce il quadro di riferimento dei diritti fondamentali dei consumatori, ossia, nell'ordine: [...] a) tutela della salute; b) sicurezza e qualità dei prodotti e dei servizi; c) adeguata informazione e corretta pubblicità; d) educazione al consumo; e) correttezza, trasparenza ed equità nei rapporti contrattuali concernenti beni e servizi; f) promozione e allo sviluppo dell'associazionismo libero, volontario e democratico tra i consumatori e gli utenti; g) all'erogazione di servizi pubblici secondo standard di qualità e di efficienza.” La legge in questione è di poco posteriore alla Direttiva 98/27/CE del 19 maggio 1998 (signifi-

cativamente intitolata come direttiva “*relativa a provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori*”), per quanto non ne rappresenti il formale recepimento, avvenuto invece con il D.lgs. 23 aprile 2001, n. 224, che ha provveduto ad integrarla con alcune disposizioni necessarie per il rispetto della Direttiva stessa: si veda, ad esempio, il carattere “aperto” conferito al catalogo dei diritti dei consumatori, mediante il rinvio ad altre direttive contenuto nell’art. 1, comma 2-*bis*. Altrettanto rilevante – e particolarmente significativa ai fini di questo studio – è stata poi l’ulteriore integrazione operata dalla Legge 11 marzo 2002, n. 39, che aggiungendo il comma 5-*bis* all’art. 3, ha colmato una lacuna non risolta dal Decreto 224/2001, ossia la previsione di una penalità di mora (secondo il diffuso lessico francesizzante, una *astreinte*) per ogni inadempimento dell’ordine inibitorio da parte del professionista²⁵. Attualmente la Legge 281 è rimasta in vigore solo per alcune disposizioni secondarie che qui non interessano, mentre il suo contenuto principale si trova trasposto nel Codice del consumo;

8) l’art. 342-*ter* c.c., introdotto dall’art. 2 della Legge 4 aprile 2001, n. 154, secondo cui, nei casi di “*condotta del coniuge o di altro convivente [che sia] causa di grave pregiudizio all'integrità fisica o morale ovvero alla libertà dell'altro coniuge o convivente*” (così il precedente art. 342-*bis* c.c.), “*il giudice ordina al coniuge o convivente, che ha tenuto la condotta pregiudizievole, la cessazione della stessa condotta e dispone l'allontanamento dalla casa*

²⁵ Tale lacuna, per vero, non avrebbe tecnicamente costituito una aperta violazione del diritto comunitario per mancato recepimento della Direttiva, visto che l’art. 2, al. 1, lett. c) di quest’ultima richiedeva di predisporre misure coercitive a garanzia dell’esecuzione delle decisioni “*nella misura in cui l’ordinamento giuridico dello Stato membro interessato lo permett[esse]*”, pur tuttavia una simile soluzione si imponeva per ragioni di opportunità, legate essenzialmente alla cronica questione della coercibilità degli ordini inibitori.

familiare del coniuge o del convivente che ha tenuto la condotta pregiudizievole prescrivendogli altresì, ove occorra, di non avvicinarsi ai luoghi abitualmente frequentati dall'istante, ed in particolare al luogo di lavoro, al domicilio della famiglia d'origine, ovvero al domicilio di altri prossimi congiunti o di altre persone ed in prossimità dei luoghi di istruzione dei figli della coppia, salvo che questi non debba frequentare i medesimi luoghi per esigenze di lavoro”;

9) l’art. 8 del D.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231 (Attuazione della direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali), secondo cui: “1. Le associazioni di categoria degli imprenditori presenti nel Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro (CNEL), prevalentemente in rappresentanza delle piccole e medie imprese di tutti i settori produttivi e degli artigiani, sono legittimate ad agire, a tutela degli interessi collettivi, richiedendo al giudice competente: a) di accertare la grave iniquità, ai sensi dell'articolo 7, delle condizioni generali concernenti la data del pagamento o le conseguenze del relativo ritardo e di inibirne l'uso; b) di adottare le misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate; c) di ordinare la pubblicazione del provvedimento su uno o più quotidiani a diffusione nazionale oppure locale nei casi in cui la pubblicità del provvedimento possa contribuire a correggere o eliminare gli effetti delle violazioni accertate. 2. L'inibitoria è concessa, quando ricorrono giusti motivi di urgenza, ai sensi degli articoli 669-bis e seguenti del codice di procedura civile. 3. In caso di inadempimento degli obblighi stabiliti dal provvedimento reso nel giudizio di cui ai commi 1 e 2, il giudice, anche su domanda dell'associazione che ha agito, dispone il pagamento di una somma di denaro, da € 500 a € 1.100, per ogni giorno di ritardo, tenuto conto della gravità del fatto”²⁶;

²⁶ La lett. a) del comma 1 è stata poi leggermente modificata dal D.lgs. 9 novembre 2012, n. 192, emanato in attuazione della Direttiva 2011/7/UE (si parla oggi di “iniquità, ai sensi dell'articolo 7, delle condizioni generali concernenti il termine di pagamento, il saggio degli interessi moratori o il risarcimento per i costi di recupero”), ma ciò non ha una

10) il D.lgs. 9 aprile 2003, n. 70 (Attuazione della direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione nel mercato interno, con particolare riferimento al commercio elettronico). Questo provvedimento contiene, formalmente, tre distinte disposizioni che richiamano ordini inibitori, ossia quelle contenute al comma terzo degli articoli 14, 15, e 16; in verità si tratta di disposizioni identiche, poiché tutte prevedono che *“l'autorità giudiziaria o quella amministrativa aventi funzioni di vigilanza [possa] esigere, anche in via d'urgenza, che il prestatore, nell'esercizio delle attività di cui al comma 1, impedisca o ponga fine alle violazioni commesse”*. Non vi è ragione apparente che giustifichi questa ripetizione; si può forse ipotizzare che il legislatore abbia inteso fugare ogni dubbio circa i poteri interdittivi comunque riservati al giudice o, eventualmente, all'Autorità amministrativa di controllo, nelle tre distinte ipotesi di prestazione di servizi elettronici tipizzate nei termini di *mere conduit*, *caching* e *hosting*²⁷.

diretta incidenza sull'argomento che si va trattando. In tema, cfr. CARNEVALE, *L'azione inibitoria in materia di ritardi nei pagamenti delle transazioni commerciali*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, p. 1117 ss.

²⁷ Si ricorda che la diversa qualificazione del tipo di servizio offerto dal prestatore (*provider*) incide direttamente sul suo regime di responsabilità: gli artt. 14, 15 e 16 del D.lgs. 70/2003, infatti, prevedono le condizioni attenendosi alle quali il prestatore *non* è responsabile per i danni che si verifichino a causa di una illecita trasmissione di informazioni. Più nello specifico, i tre tipi di servizio vengono classificati come: a) *mere conduit*, in cui il *provider* si limita a “trasportare” il flusso di dati, senza che svolga alcuna attività di verifica sui contenuti e senza, in particolare, che provveda a memorizzarli, anche temporaneamente; b) *caching*, in cui alla trasmissione dei dati si accompagna una “memorizzazione automatica, intermedia e temporanea”, come tale finalizzata solo a rendere più rapida la navigazione in *internet* degli utenti, e sempre senza un diretto controllo del *provider* sui contenuti; c) *hosting*, in cui invece il rapporto col destinatario del servizio prevede che vi sia una memorizzazione duratura dei dati. Sul punto, si rinvia alla dettagliata disamina di BOCCHINI, *La responsabilità extracontrattuale del*

Un aspetto cui merita dedicare almeno un rapidissimo cenno, per i suoi riflessi sulla questione dell'inibitoria, è il ruolo di collaborazione che il prestatore di servizi è chiamato a svolgere, ai sensi dell'art. 17 del Decreto, nei confronti delle autorità giudiziarie o amministrative, in ragione del fatto che l'accesso alle informazioni illecite dipende necessariamente dalla stessa prestazione del servizio. Ovviamente il grado di intensità di tale collaborazione varia in dipendenza del tipo di servizio svolto a favore del cliente destinatario del servizio (che, è bene rammentare, rimane comunque il primo autore dell'illecito), tuttavia, ferma restando l'esenzione del prestatore da *"un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmette o memorizza"*, nonché da *"un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite"* (art. 17, comma 1), è interessante notare come - per la evidente ragione tecnica della disponibilità *"materiale"* dell'accesso alla rete - il potere inibitorio nei confronti del cliente colpevole della diffusione di informazioni illecite sia esercitato direttamente dal *provider*: ciò accade non solo nell'ipotesi in cui l'interdizione del servizio sia imposta per adempiere a un ordine impartito dalle autorità di vigilanza (v. comma terzo degli artt. 14, 15, 16 e 17), ma anche, più incisivamente, nell'ipotesi in cui lo stesso *provider*, per non correre il rischio di divenire corresponsabile verso i terzi dell'illecito in essere, agisca in via autonoma non appena *"sia effettivamente a conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, [...] sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illiceità dell'attività o dell'informazione"* (art. 16, comma 1, lett. a) D.lgs. cit., riferito per vero alla sola attività di *hosting*);

provider, in AA.VV., *Manuale di diritto dell'informatica*, a cura di D. Valentino, 2a ed., ESI, Napoli, p. 125 ss.

11) il D.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (Codice in materia di protezione dei dati personali), il cui art. 143, comma primo, dispone che: “[...] *se il reclamo non è manifestamente infondato e sussistono i presupposti per adottare un provvedimento, il Garante, anche prima della definizione del procedimento: [...]; b) prescrive al titolare le misure opportune o necessarie per rendere il trattamento conforme alle disposizioni vigenti; c) dispone il blocco o vieta, in tutto o in parte, il trattamento che risulta illecito o non corretto anche per effetto della mancata adozione delle misure necessarie di cui alla lettera b), oppure quando, in considerazione della natura dei dati o, comunque, delle modalità del trattamento o degli effetti che esso può determinare, vi è il concreto rischio del verificarsi di un pregiudizio rilevante per uno o più interessati; d) può vietare in tutto o in parte il trattamento di dati relativi a singoli soggetti o a categorie di soggetti che si pone in contrasto con rilevanti interessi della collettività*”, ed il cui art. 150, secondo comma, dispone che “*assunte le necessarie informazioni il Garante, se ritiene fondato il ricorso, ordina al titolare, con decisione motivata, la cessazione del comportamento illegittimo, indicando le misure necessarie a tutela dei diritti dell'interessato e assegnando un termine per la loro adozione [...]*”.

L’origine della disposizione, peraltro, è da far risalire alla Legge 31 dicembre 1996, n. 675 (Tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali), che del Codice della *privacy* è antesignana: il suo art. 29 già prevedeva l’inibitoria a tutela dei diritti dell’interessato.

Quanto invece al Codice attualmente vigente, è necessario fare alcune brevi precisazioni sul complesso apparato di tutele di cui può giovare la persona interessata al trattamento dei dati, e che trovano collocazione nel Titolo I della Parte III, sotto la rubrica “*Tutela amministrativa e giurisdizionale*”. Due sono infatti le strade che si aprono per chi si ritenga leso da un uso illecito o scorretto dei suoi dati personali: può in-

fatti ricorrere direttamente all'autorità giudiziaria, ai sensi degli artt. 145, comma primo, e 152 del Codice, facendo valere una violazione dei diritti a lui riconosciuti dall'art. 7 ed instaurando così un ordinario procedimento giurisdizionale²⁸; oppure può rivolgersi al Garante. In questo secondo caso, il ventaglio di possibilità offerte all'interessato è ampio, poiché può esser fatta valere o una lamentela in via amministrativa (attraverso un reclamo o una semplice segnalazione: v. art. 141, lett. a) e b); artt. 142-144), oppure, nel caso in cui egli ravvisi una violazione dei suoi diritti, mediante un ricorso teso ad ottenere una tutela che potrebbe esser definita come "para-giurisdizionale" (art. 141, lett. c)), dal momento che il provvedimento conclusivo – ove favorevole – presenterà contenuti e caratteri simili a quelli di una sentenza²⁹;

12) l'art. 4, comma quarto, del D.lgs. 9 luglio 2003, n. 215 (Attuazione della direttiva 2000/43/CE per la parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica) e l'art. 4,

²⁸ Le disposizioni dell'art. 145, in verità, hanno essenzialmente lo scopo di affermare l'alternatività delle due modalità di ricorso e di risolvere il problema della liti-spendenza ove lo stesso diritto venga affermato sia dinanzi al Garante, sia dinanzi all'A.G.O. Da tener presente, tuttavia, che il D.lgs. 1 settembre 2011, n. 150, ha abrogato i comma 2-14 dell'art. 152 in cui era disciplinata la procedura da seguire dinanzi al Tribunale, lasciando in vigore solo il comma primo ed inserendo un comma 1-*bis* di rinvio allo stesso Decreto 150 (in cui è ora regolata la nuova procedura).

²⁹ Il punto è particolarmente complesso, poiché coinvolge, più in generale, il problema della natura giuridica delle Autorità indipendenti e del valore giuridico dei loro provvedimenti, che non può essere qui affrontato; voglia quindi il lettore perdonare la laconicità di questi cenni. Per l'analisi accurata che invece la questione merita, si rinvia ai commenti di SPINELLI, *sub artt. 141-144* e di BUONCRISTIANI, *sub artt. 145-152*, in *La protezione dei dati personali – Commentario al D. Lgs. 30 giugno 2003, n. 196 («Codice della privacy»)*, a cura di C.M. Bianca e F.D. Busnelli, tomo II, CEDAM, Padova, rispettivamente p. 1747 ss. e 1792 ss.

comma quinto, del coevo D.lgs. 9 luglio 2003, n. 216 (Attuazione della direttiva 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro) in forza dei quali *“il giudice, oltre a provvedere, se richiesto, al risarcimento del danno anche non patrimoniale, ordina la cessazione del comportamento, della condotta o dell'atto discriminatorio, ove ancora sussistente, nonché la rimozione degli effetti”*, quando la vittima lamenti di aver subito un atto di discriminazione ai sensi degli artt. 2 dei rispettivi Decreti. Ad oggi le disposizioni citate non sono più in vigore, essendo la tutela giurisdizionale avverso le discriminazioni in genere (razziali, etnici, sessuali, etc.) regolata dall'art. 28 del D.lgs. 1 settembre 2011, n. 150;

13) l'art. 91 del D.lgs. 1 agosto 2003, n. 259 (Codice delle comunicazioni elettroniche), che nell'imporre al proprietario esclusivo di un immobile ovvero al condomino una serie di obblighi di tolleranza al passaggio di *“fili, cavi ed ogni altra installazione”*, nonché all'accesso del personale qualificato per finalità di *“installazione, riparazione e manutenzione degli impianti”* (v. comma 1-4-bis), prevede che *“l'operatore incaricato del servizio può agire direttamente in giudizio per far cessare eventuali impedimenti e turbative al passaggio ed alla installazione delle infrastrutture”* (comma 6);

14) l'art. 124 del D.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30 (cd. “Codice della proprietà industriale), in forza del quale *“con la sentenza che accerta la violazione di un diritto di proprietà industriale possono essere disposti l'inibitoria della fabbricazione, del commercio e dell'uso delle cose costituenti violazione del diritto, e l'ordine di ritiro definitivo dal commercio delle medesime cose nei confronti di chi ne sia proprietario o ne abbia comunque la disponibilità. L'inibitoria e l'ordine di ritiro definitivo dal commercio possono essere emessi anche contro ogni intermediario, che sia parte del giudizio ed i cui servizi siano utilizzati per violare un diritto di proprietà industriale. 2. Pronunciando l'ini-*

bitoria, il giudice può fissare una somma dovuta per ogni violazione o inosservanza successivamente constatata e per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento". La disposizione è di estrema rilevanza poiché, insieme alle altre misure previste dal Codice stesso, istituisce un potere inibitorio generale a presidio dei diritti di proprietà industriale, definiti dall'art. 1 del Codice come *"marchi ed altri segni distintivi, indicazioni geografiche, denominazioni di origine, disegni e modelli, invenzioni, modelli di utilità, topografie dei prodotti a semiconduttori, informazioni aziendali riservate e nuove varietà vegetali"*: vengono così unificate le materie, prima oggetto di separata (per quanto simile) disciplina, dei marchi, dei brevetti e dei modelli – le cui leggi regolatrici sono contemporaneamente abrogate – sotto l'egida di una disciplina uniforme, caratterizzata da un potente apparato di tutele.

Non è tutto: l'art. 131 del medesimo D.lgs. 30/2005 prevede che *"il titolare di un diritto di proprietà industriale può chiedere che sia disposta l'inibitoria di qualsiasi violazione imminente del suo diritto e del proseguimento o della ripetizione delle violazioni in atto, ed in particolare può chiedere che siano disposti l'inibitoria della fabbricazione, del commercio e dell'uso delle cose costituenti violazione del diritto, e l'ordine di ritiro dal commercio delle medesime cose nei confronti di chi ne sia proprietario o ne abbia comunque la disponibilità, secondo le norme del codice di procedura civile concernenti i procedimenti cautelari. L'inibitoria e l'ordine di ritiro dal commercio possono essere chiesti, sugli stessi presupposti, contro ogni soggetto i cui servizi siano utilizzati per violare un diritto di proprietà industriale. 2. Pronunciando l'inibitoria, il giudice può fissare una somma dovuta per ogni violazione o inosservanza successivamente constatata e per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento"*. La presenza di questa seconda disposizione reca un contributo ancora più significativo alla teoria della tutela inibitoria, poiché rappresenta l'emersione, a livello positivo, della differenza sussistente tra la

inibitoria disposta in via ordinaria – di cui all’art. 124 sopra citato – e quella disposta in via cautelare a fronte di violazioni che possono essere anche “imminenti”, e non necessariamente in atto al momento della domanda;

15) il D.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (Codice del consumo). La disciplina contenuta originariamente in questo provvedimento è particolarmente articolata, ma non rappresenta, a ben vedere, una radicale innovazione rispetto al passato per il profilo che qui interessa; come si è avuto modo di accennare anche in precedenza, esso mira a raccogliere e coordinare una serie di disposizioni a contenuto inibitorio che in precedenza si trovavano frammentate in atti normativi distinti.

Tra queste, si menzionano:

a) l’art. 37 (Azione inibitoria), che riprende il testo del precedente art. 1469-*sexies* c.c., dal quale però si differenzia sia per una limitazione di accesso alla giustizia, riservato oggi alle sole associazioni di cui all’art. 137 dello stesso Codice - e quindi ad organismi accreditati ufficialmente presso il Ministero delle attività produttive sulla base di requisiti predefiniti; non, come accadeva nel passato, a quelle associazioni che il giudice, con apprezzamento di merito, riteneva sufficientemente dotate di rappresentatività nel caso concreto – sia per la precisazione, contenuta nel comma quarto, della “specialità” di questa inibitoria rispetto a quella “generale” prevista dall’art. 140 Cod. cons.;

b) l’art. 140 (Procedura), a mente del cui primo comma “*i soggetti di cui all'articolo 139 sono legittimati nei casi ivi previsti ad agire a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti richiedendo al tribunale: a) di inibire gli atti e i comportamenti lesivi degli interessi dei consumatori e degli utenti; b) di adottare le misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate; c) di ordinare la pubblicazione del provvedimento su uno o più quotidiani a diffusione nazionale oppure locale nei casi in cui la*

pubblicità del provvedimento può contribuire a correggere o eliminare gli effetti delle violazioni accertate". L'art. 139, a sua volta, prevede che gli interessi collettivi dei consumatori azionabili a mezzo di questa procedura sono sia quelli contenuti nell'art. 2 del Codice (quello che in precedenza è stato definito come una sorta di Statuto dei diritti del consumatore), sia quelli contenuti in altre leggi speciali: si veda, ad esempio, il D.lgs. 31 luglio 2005, n. 177 (Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici), il cui artt. 3 ss. dettano i principi fondamentali cui devono uniformarsi gli esercenti attività radiotelevisive.

Una ben più consistente innovazione normativa si è avuta invece a partire dal 2007.

Di pochi mesi precedente all'emanazione Codice del consumo è infatti l'adozione, da parte dell'Unione europea, della direttiva 2005/29/CE (11 maggio 2005) sulle cd. "pratiche commerciali sleali", la quale, peraltro, non si limita ad introdurre una nuova e pervasiva disciplina delle condotte che i professionisti sono chiamati a tenere nei confronti dei consumatori, ma provvede anche a riformulare la direttiva 84/450/CE sulla pubblicità ingannevole, riservandone il campo di applicazione ai soli rapporti tra professionisti (visto che le attività pubblicitarie rivolte al pubblico dei consumatori ricadono, ai sensi della stessa direttiva, nella più ampia nozione di "pratiche commerciali"). Il legislatore italiano vi ha dato attuazione a mezzo dei DD.lgss. 2 agosto 2007, n. 145 e 146: il primo destinato ad adeguare la disciplina della pubblicità ingannevole, prima contenuta nel D.lgs. 74/1992 - peraltro già abrogato dal Codice del consumo - alla direttiva 84/450/CE "riformata", che come si è detto si applica oggi solo ai rapporti cd. "b2b"; il secondo destinato invece ad introdurre nel corpo del Codice del consumo la nuova

disciplina sostanziale delle pratiche commerciali ridefinite come “scorrette”³⁰.

Abbiamo oggi, così, l’art. 8, comma secondo, del D.lgs. 145/2007 secondo cui *“l’Autorità, d’ufficio o su istanza di ogni soggetto o organizzazione che ne abbia interesse, inibisce la continuazione ed elimina gli effetti della pubblicità ingannevole e comparativa illecita”* e l’art. 27, comma secondo, Cod. cons. a mente del quale *“l’Autorità, d’ufficio o su istanza di ogni soggetto o organizzazione che ne abbia interesse, inibisce la continuazione delle pratiche commerciali scorrette e ne elimina gli effetti”*.

Ma non è tutto: l’art. 5 del D.l. 24 gennaio 2012, n. 1, conv. in Legge 24 marzo 2012, n. 27 (su cui v. anche *infra*) ha provveduto ad una ulteriore integrazione del Codice, prevedendo, a fianco della tutela giurisdizionale ordinaria di cui all’art. 37 (esperibile, si ricorda, dalle associazioni dei consumatori), anche una tutela amministrativa, affidata ancora una volta all’Autorità antitrust, al fine di supportare l’azione di contrasto ai contratti contenenti clausole abusive. Il novello art. 37-bis Cod. cons. conferisce infatti alla suddetta Autorità il potere di dichiarare *“la vessatorietà delle clausole inserite nei contratti tra professionisti e consumatori che si concludono mediante adesione a condizioni generali di contratto o con la sottoscrizione di moduli, modelli o formulari”*, e particolarmente interessante, nella stessa ottica di prevenzione, è quanto stabilito dal

³⁰ Il legislatore italiano ha voluto così far riferimento al parametro della “correttezza” invece che a quello della “slealtà”, che evidentemente andava a porsi in parallelo con la già nota qualificazione concorrenziale e forniva così un elemento ulteriore per comprendere che la slealtà della condotta tenuta dal professionista danneggia ad un tempo i concorrenti ed i consumatori (e quindi, in generale, il mercato). Si noti, a tal riguardo, che i testi in lingua inglese e francese della direttiva parlano anch’essi di *“unfair commercial practices”* e di *“pratique commerciales déloyales”*, confermando come la disciplina comunitaria abbia mutuato le categorie proprie della concorrenza.

comma terzo, a mente del quale *“le imprese interessate hanno facoltà di interpellare preventivamente l'Autorità in merito alla vessatorietà delle clausole che intendono utilizzare nei rapporti commerciali con i consumatori [...] Le clausole non ritenute vessatorie a seguito di interpellato non possono essere successivamente valutate dall'Autorità per gli effetti di cui al comma 2 [pubblicazione del provvedimento e sanzioni amministrative, ndr]”*³¹;

16) la Legge 1 marzo 2006, n. 67 (Misure per la tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazioni), che dopo aver reso, all'art. 2, una nozione complessa di *“discriminazione in pregiudizio delle persone con disabilità”* (v. i comma 2 e 3 ed in particolare il comma 4, che definisce discriminazioni *“le molestie ovvero quei comportamenti indesiderati, posti in essere per motivi connessi alla disabilità, che violano la dignità e la libertà di una persona con disabilità, ovvero creano un clima di intimidazione, di umiliazione e di ostilità nei suoi confronti”*), disponeva all'art. 3, comma terzo che *“il giudice, oltre a provvedere, se richiesto, al risarcimento del danno, anche non patrimoniale, ordina la cessazione del comportamento, della condotta o dell'atto discriminatorio, ove ancora sussistente, e adotta ogni altro provvedimento idoneo, secondo le circostanze, a rimuovere gli effetti della discriminazione, compresa l'adozione, entro il termine fissato nel provvedimento stesso, di un piano di rimozione delle discriminazioni accertate”*. Ad oggi l'art. 3, comma 3, non è più in vigore, poiché – come si è detto in precedenza – la normativa sulla tutela giurisdizionale contro le discrimina-

³¹ In merito all'art. 37-bis, cfr. CARLEO, *La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie*, in *Obbl. e contr.*, 2012, p. 495; QUERCI, *Le novità introdotte nel Codice del consumo dal d.l. 1/2012 ed il ruolo delle associazioni dei consumatori nella tutela contro le clausole vessatorie*, in *Contr. impr.*, 2013, p. 446 ss.; RUMI, *Il controllo amministrativo delle clausole vessatorie*, in *I contratti*, 2012, p. 638 ss.; BONACCORSI DI PATTI, *Prime considerazioni sui procedimenti in materia di clausole vessatorie innanzi all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Dir. econ. assicur.*, 2013, p. 35 ss.

zioni è oggi uniformemente regolata dall'art. 28 del D.lgs. 1 settembre 2011, n. 150;

17) il D.lgs. 11 aprile 2006, n. 198 (Codice delle pari opportunità tra uomo e donna), che seguendo il solco tracciato della già citata Legge 903/1977 e dalla Legge 10 aprile 1991, n. 125 (Azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro) nella prospettiva di un generale *“riassetto delle disposizioni vigenti in materia di pari opportunità tra uomo e donna”*, dispone oggi che, in caso di discriminazioni consistenti nella violazione dei divieti di cui al Libro III, Titolo I, Capo II del Decreto, e *“su ricorso del lavoratore o, per sua delega, delle organizzazioni sindacali, delle associazioni e delle organizzazioni rappresentative del diritto o dell'interesse leso, o della consigliera o del consigliere di parità provinciale o regionale territorialmente competente”*, *“il tribunale in funzione di giudice del lavoro del luogo ove è avvenuto il comportamento denunciato, nei due giorni successivi, convocate le parti e assunte sommarie informazioni, se ritenga sussistente la violazione di cui al ricorso, oltre a provvedere, se richiesto, al risarcimento del danno anche non patrimoniale, nei limiti della prova fornita, ordina all'autore del comportamento denunciato, con decreto motivato ed immediatamente esecutivo, la cessazione del comportamento illegittimo e la rimozione degli effetti”*³²;

18) l'art 62 del D.l. 24 gennaio 2012, n. 1 (Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività), conv. in Legge 24 marzo 2012, n. 27, che introduce una serie di restrizioni nelle *“relazioni commerciali in materia di cessione di prodotti agricoli e agroalimentari”*. In particolare, detto articolo, dopo aver imposto alcuni requisiti di forma e di sostanza che i contratti di *“cessione dei prodotti agricoli e alimentari, ad eccezione di quelli conclusi con il consumatore finale”*

³² In tema di tutela antidiscriminatoria, cfr., per tutti, DONZELLI, *“Interessi collettivi e diffusi”*, cit., p. 7 ss. (ed *ivi* ulteriori indicazioni).

devono presentare (comma 1), e dopo aver altresì elencato un catalogo di comportamenti vietati agli intermediari, in quanto vessatori, o più genericamente “*sleali*” (comma 2)³³, prevede che “*sono fatte salve le azioni in giudizio per il risarcimento del danno derivante dalle violazioni della presente disposizione, anche ove promosse dalle associazioni dei consumatori aderenti al CNCU e delle categorie imprenditoriali presenti nel Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro o comunque rappresentative a livello nazionale. Le stesse associazioni sono altresì legittimate ad agire, a tutela degli interessi collettivi, richiedendo l'inibitoria ai comportamenti in violazione della presente disposizione ai sensi degli articoli 669-bis e seguenti del codice di procedura civile*” (comma 10);

19) l’art. 1117-*quater* c.c. (Tutela delle destinazioni d’uso), introdotto dalla Legge 11 dicembre 2012, n. 220 (cd. “ *riforma del condominio*”), che dispone: “*in caso di attività che incidono negativamente e in modo sostanziale sulle destinazioni d'uso delle parti comuni, l'amministratore o i condomini, anche singolarmente, possono diffidare l'esecutore e possono chiedere la convocazione dell'assemblea per far cessare la violazione, anche mediante azioni giudiziarie. L'assemblea delibera in merito alla cessazione di tali attività con la maggioranza prevista dal secondo comma dell'articolo 1136*”.

A conclusione di questa rassegna, è opportuno raccogliere alcuni dati rilevanti che accomunano le disposizioni finora citate.

In primo luogo, si ravvisa una certa uniformità di fondo, soprattutto negli interventi normativi più recenti, nella tecnica di formulazio-

³³ I comportamenti in questione sono poi oggetto di una più precisa definizione da parte dell’art. 4, D.M. 19 ottobre 2012, n. 199, del Ministero delle politiche agricole, alimentari e forestali, di concerto col Ministero dello sviluppo economico, emanato ai sensi dello stesso art. 62, comma 11-*bis*. Per un primo commento delle disposizioni in esame, cfr. ARGENTATI, *La disciplina speciale delle relazioni commerciali nel settore agroalimentare. Riflessioni sull’art. 62 L. N. 27 del 2012*, in *Giust. civ.*, 2012, II, p. 441 ss.

ne degli enunciati: si prende come punto di riferimento una classe di interessi riconosciuta come rilevante e si attribuisce all'interessato ovvero ad un ente rappresentativo il potere di far cessare ogni atto che "leda", ovvero "violi", tali interessi.

In secondo luogo, i testi delle disposizioni non fanno mai riferimento ad ulteriori elementi oggettivi quali il danno, ovvero a requisiti soggettivi della condotta come la colpa o il dolo, essendo invece rilevante solo la violazione o la lesione³⁴; il che non fa altro che confermare la tendenza nettamente prevalente – come si vedrà più avanti – che vede l'inibitoria come sanzione contro condotte oggettivamente illecite a prescindere dai *danni risarcibili* che ne possano conseguire.

In terzo luogo, si ripresenta il problema della nozione di "illecito civile" e, in particolare, della determinazione degli atti in tal senso qualificabili, ritenuto "*uno dei più delicati e difficili del nostro diritto privato*"³⁵; il riferimento alla "violazione" di diritti o interessi, che come si è ricordato poc'anzi viene ribadita con costanza dalla legge, fornisce tuttavia un contributo al suo chiarimento.

Prima di procedere oltre, vale poi la pena di svolgere alcune considerazioni che investono soprattutto la materia commerciale, nello specifico la disciplina dei consumatori e della concorrenza, a seguito dei numerosi e consistenti interventi legislativi che si sono succeduti nel

³⁴ Eccezione a quanto detto può aversi in quei casi (es.: pratiche commerciali scorrette) in cui si fa menzione di elementi ulteriori come la contrarietà alla "diligenza professionale" (come definita dall'art. 2, lett. h, della Direttiva 2005/29/CE); ma il punto verrà affrontato a suo tempo.

³⁵ La citazione è tratta da TRIMARCHI, voce "*Illecito (dir. priv.)*", in *Enc. dir.*, XX, Milano, Giuffrè, 1970, § 4.

tempo e che hanno segnato per larga parte gli sviluppi più recenti e significativi della tutela inibitoria³⁶.

Si tratta di osservazioni che non attengono tanto ai caratteri della tutela in sé, quanto al suo ambito di operatività come tutela *civile* a confronto con altri strumenti, di contenuto analogo ma ricadenti tendenzialmente nell'ambito del diritto amministrativo.

Un elemento che emerge con una certa evidenza è la progressiva e sistematica istituzione di due "canali" di tutela, paralleli e tra loro integrati: uno giurisdizionale, riservato alle associazioni dei consumatori e rimesso sempre all'iniziativa di parte, secondo i principi generali; l'altro amministrativo, riservato all'Autorità indipendente ed attivabile o d'ufficio, o su denuncia degli interessati³⁷.

³⁶ In merito a questo aspetto – che si riallaccia a quanto già visto in precedenza alla nota 18, permettendo di inquadrarne più nitidamente i contenuti – non può non rinviarsi alla recente ed illuminante voce enciclopedica "*Concorrenza*" curata da LIBERTINI (*Enc. dir., Annali*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 191 ss.), in cui l'Autore, a conclusione di una vasta ricerca storica e comparata che giunge fino ai giorni nostri, perviene alla conclusione che la tutela della concorrenza nel diritto attuale non può essere arbitrariamente sezionata in ambiti tra loro autonomi (*antitrust*; concorrenza sleale; protezione dei consumatori): essa è "*processo dinamico virtuoso*", in cui "*il successo finale dell'offerta deve sempre dipendere dal giudizio finale dei consumatori*" e la cui concreta disciplina, comprensiva delle direttive comunitarie sulle pratiche commerciali scorrette e sulla pubblicità ingannevole e comparativa (cui "*si deve dare adeguato rilievo sistematico*"), evidenzia che "*il bene giuridico tutelato può ben essere il medesimo, anche se diverse possono essere l'ampiezza e l'efficacia dei due tipi di intervento [amministrativo e privato, ndr.]*" (cfr. §§ 24-25, *passim*).

³⁷ Cfr. LIBERTINI, *Il ruolo necessariamente complementare di «private» e «public enforcement» in materia di antitrust*, in *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, cit., p. 171 ss.; DENOZZA-TOFFOLETTI, *Funzione compensatoria ed effetti deterrenti dell'azione privata*, *ivi*, p. 208 ss.; CAFAGGI-MICKLITZ, *«Enforcement» pubblico e privato nel diritto dei consumatori*, *ivi*, cit., p. 327 ss., i quali sottolineano il rapporto

In questi casi, le inibitorie presentano come tratti comuni: *a)* il legittimato passivo (il professionista) e *b)* l'oggetto del giudizio (la condotta illecita dal punto di vista consumeristico/concorrenziale), fermo restando invece che il legittimato attivo sarà sempre un ente distinto: o un ente direttamente rappresentativo degli interessi generali dei consumatori, purché legittimato ai sensi dell'art. 137 cod. cons. (le associazioni); o l'ente istituzionalmente incaricato di tutelare il corretto andamento del mercato (Autorità).

Non saranno invece i singoli consumatori a promuovere un processo ordinario, teso ad inibire – magari con effetti *erga omnes* – la condotta illecita del professionista, essendo a loro riservate le sole azioni di nullità delle clausole abusive e di risarcimento del danno³⁸.

L'impianto così tratteggiato, del resto, è confermato anche dalla presenza dell'art. 140-*bis* del Codice del consumo, che – almeno nel suo impianto originario al momento dell'entrata in vigore³⁹ – assume ad og-

di “complementarità”, e non di mera “alternatività”, che corre tra intervento pubblico ed intervento privato nella dinamica regolativa del mercato. Nello stesso senso, ROSSI CARLEO, *La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie*, in *Obbl. e contr.*, 2012, p. 495.

³⁸ V. nota prec., nonché DONZELLI, voce “*Interessi collettivi e diffusi*”, cit., p. 11 ss.

³⁹ Occorre far questa precisazione per due ragioni. A) La prima è che nella versione originaria l'azione di classe era esercitabile solo dalle associazioni di consumatori, il che poteva far pensare ad una forma di tutela non individuale, ma collettiva (cfr. COSTANTINO, *La tutela collettiva risarcitoria: note a prima lettura dell'art. 140 bis cod. consumo*, in *Foro it.*, 2008, V, c. 17 ss.); ipotesi, questa, tuttavia smentita dalla riforma operata nel 2009, grazie alla quale è stata esclusa una legittimazione autonoma delle associazioni (cfr. CONSOLO-ZUFFI, *L'azione di classe ex art. 140-bis cod. cons.*, Padova, CEDAM, 2012, p. 46, e COSTANTINO, *La tutela collettiva risarcitoria 2009: la tela di Penelope*, in *Foro it.*, 2009, V, c. 388 ss., i quali sottolineano la stretta individualità dell'interesse tutelato). B) La seconda ragione è che, di recente (con l'art. 6, D.l. 24

getto di tutela gli interessi “*identici*” dei consumatori, con ciò intendendo che la cd. “azione di classe” - avente ad oggetto, si ricordi, il risarcimento del danno, e non provvedimenti di carattere inibitorio – è tesa a fornire una tutela a situazioni definibili come *seriali*, ossia diffuse ma pur sempre *individuali*, in ragione del fatto che il comportamento scorretto del professionista, normalmente, si riverbera e produce conseguenze pregiudizievoli su un pubblico più o meno vasto di acquirenti/utenti⁴⁰.

Il punto essenziale, perciò, è dato dalla difficoltà di qualificare i poteri inibitori delle autorità indipendenti come espressione di una tu-

gennaio 2012, n. 1, conv. in L. 24 marzo 2012, n. 27), a questo articolo è stata apportata una variazione che invece parrebbe di nuovo far riemergere tali istanze. La modifica in questione, che suscita perplessità sul piano sistematico, è l’inserimento, nel primo comma, dell’inciso con cui si estende la tutela anche agli “*interessi collettivi*”. Considerata la *ratio* dell’istituto dell’azione di classe, nonché la presenza di un art. 140 cod. cons. che individua chiaramente il ruolo svolto nel sistema dagli “*interessi collettivi*” (rappresentati dalle associazioni) dei consumatori, vien da condividere “*il dubbio che si tratti di un’innovazione scarsamente meditata*” (AFFERNI, *Recenti sviluppi dell’azione di classe*, in *Contr. impr.*, 2013, p. 1283). Per mera necessità di aggiornamento, infine, occorre ricordare che lo stesso D.l. 1/2012 ha espunto dal testo ogni riferimento al concetto di “*identità*” di diritti, sostituendolo con quello più ampio di “*omogeneità*”, poiché, stante l’estrema difficoltà – se non addirittura l’impossibilità, da un punto di vista strettamente ontologico – di configurare diritti tra loro “*identici*”, vi sarebbe stato il rischio di una pratica inutilizzabilità di questo nuovo istituto (sul punto, v. FANTETTI, *L’omogeneità della situazione dei proponenti la class action*, in *Obbl. e contr.*, 2012, p. 281 ss.).

⁴⁰ La letteratura sull’azione di classe ex art. 140-bis cod. cons. è già vastissima; tra i tanti contributi (oltre a quelli già citati nella nota prec., e senza alcuna pretesa di esaustività), si vedano le relazioni raccolte in AA.VV., *Dall’azione inibitoria all’azione risarcitoria collettiva*, a cura di A. Bellelli, Padova, CEDAM, 2009; GIUSSANI, *Azioni collettive, danni punitivi e deterrenza dell’illecito*, in *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, cit., p. 111 ss.; DONZELLI, voce “*Interessi collettivi e diffusi*”, cit., p. 13 ss.

tela civilistica⁴¹: quando si configura il loro intervento, infatti, la funzione amministrativa tende sì a sconfinare in quella giurisdizionale, ma rimane comunque qualificante della loro attività⁴², e tale conclusione trova ulteriore argomento (per quanto non decisivo) nella circostanza che il giudice chiamato a pronunciarsi sulle impugnazioni dei loro provvedimenti è, giustappunto, il giudice amministrativo.

Ciononostante, in ragione delle peculiarità che la disciplina di tutela della concorrenza presenta nei suoi rapporti – sempre più stretti – con la tutela degli interessi dei consumatori, si è ritenuto comunque di comprendere le inibitorie di competenza dell'AGCM all'interno della presente ricerca, quantomeno per le affinità strutturali che presentano con le inibitorie "classiche"⁴³.

Rilevante eccezione all'interno di questo quadro è costituita peraltro dal Garante della *privacy*, i cui poteri, sia dal punto di vista

⁴¹ GITTI, *Rapporto di consumo e pratiche commerciali*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, p. 1 ss., tiene infatti a precisare che "può, ancorché impropriamente, qualificarsi individuale anche la tutela assicurata dall'AGCM, dal momento che l'intervento di detta Autorità [...] può aversi «su istanza di ogni soggetto o organizzazione che ne abbia interesse» e, dunque, anche di un singolo consumatore" (cit. da nota 35).

⁴² Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 16 ottobre 2002, n. 5640, in *Foro it.*, 2003, III, c. 73 ss., secondo cui "l'autorità garante della concorrenza e del mercato va inequivocabilmente qualificata come amministrazione indipendente, preposta all'applicazione di una normativa di carattere generale, normativa la cui effettività è garantita anche dall'intervento dei giudici civili per gli aspetti relativi alla validità degli atti negoziali che violino i precetti a tutela della concorrenza nei rapporti tra privati; non si tratta quindi di un ente avente carattere paragiurisdizionale".

⁴³ Si rinvia a quanto precisato nelle precedenti note 18 e 26, cui si aggiungono le osservazioni di LIBERTINI, *Il ruolo necessariamente complementare di «private» e «public enforcement» in materia di antitrust*, cit., p. 181 ss. ("qualcuno potrebbe pensare che le inibitorie amministrative siano disposte solo nell'interesse pubblico e non consentano di riconoscere diritti soggettivi ai privati interessati. Credo che si debba ragionare diversamente [...]").

dell'iniziativa e dello svolgimento procedimentale, sia dal punto di vista degli effetti dei provvedimenti, possono invece suggerire un accostamento alla funzione giurisdizionale in senso proprio; chiara evidenza di questo aspetto si ha ogni volta che dottrina e giurisprudenza fanno ricorso all'attributo di "paragiurisdizionale" per qualificare l'attività di detta autorità. Anche in questo caso, però, si tende a ribadire la differenza sussistente con la funzione giurisdizionale in senso proprio⁴⁴.

4. Il diritto europeo.

L'evoluzione delle più recenti discipline di tutela inibitoria, particolarmente quelle in tema di consumatori, devono la loro origine per buona parte al diritto europeo.

Non si prenderanno qui in considerazione le misure inibitorie di carattere eminentemente amministrativo, come ad esempio quelle adottate dalla Commissione europea nella sua attività di controllo del mercato concorrenziale, ai sensi dell'art. 7 del Regolamento CE n. 1/2003⁴⁵;

⁴⁴ BUSNELLI, *Dalla legge al «Codice»: un dilemma, una sfida, un consolidamento normativo, una (imperfetta) razionalizzazione delle tutele*, Nota introduttiva a *La protezione dei dati personali – Commentario al D. Lgs. 30 giugno 2003, n. 196 («Codice della privacy»)*, a cura di C.M. Bianca e F.D. Busnelli, CEDAM, Padova, 2007, tomo I, p. LV. Sotto il profilo del riparto di giurisdizione, si ricordi inoltre che in questa materia la competenza è stata attribuita fin dall'origine non al giudice amministrativo – come la natura del provvedimento impugnato avrebbe indotto a pensare – ma al giudice ordinario, ad ulteriore conferma del fatto che, in questo settore, prevale l'idea di elevare a punto di riferimento della giustizia il diritto sostanziale del cittadino e non tanto la legittimità formale dell'atto.

⁴⁵ Su cui v. LIBERTINI, *Il ruolo necessariamente complementare di «private» e «public enforcement» in materia di antitrust*, cit., p. 179 ss.

giusto quanto si è precisato in chiusura del precedente paragrafo, esse esulano dalla presente ricerca, concentrata invece sul versante civilistico della tutela inibitoria.

Come si è già accennato nella rassegna delle norme interne, alcune importanti disposizioni regolanti azioni inibitorie sono state introdotte in adempimento di obblighi comunitari: si tratta essenzialmente delle inibitorie oggi raccolte nel Codice del consumo e che riguardano l'utilizzo di clausole abusive nei contratti dei consumatori, i comportamenti dei professionisti che siano lesivi dei loro interessi e, da ultimo, le pratiche commerciali scorrette.

Le fonti comunitarie di maggiore portata ai fini di queste discipline sono, rispettivamente, le Direttive 93/13/CE, 98/27/CE (poi sostituita dalla Direttiva 2009/22/CE)⁴⁶ e 2005/29/CE; a queste si affiancano poi altre direttive, che tuttavia, vista la specificità del loro oggetto, non presentano pari rilevanza, se osservate dall'angolo visuale del presente studio⁴⁷.

⁴⁶ D'ora in avanti si menzionerà, per mera comodità, solo la Direttiva 98/27, dato che la successiva Direttiva 2009/22 non presenta innovazioni di rilievo, quantomeno ai fini della presente ricerca; questa, anzi, è stata introdotta allo scopo di "codificare" (e dunque razionalizzare) i rapporti tra la originaria Direttiva 98/27 e le disposizioni di altri provvedimenti successivi, che rientrano comunque, sotto il profilo della tutela inibitoria, nel suo ambito di applicabilità.

⁴⁷ Un esempio nel senso appena indicato può essere la Direttiva 97/7/CE sui contratti a distanza, il cui art. 11, alinea 3, lett. b, impone agli Stati membri di adottare nel diritto interno *"le misure necessarie affinché i fornitori e gli operatori di tecniche di comunicazione pongano fine alle pratiche non conformi alle disposizioni adottate in applicazione della presente direttiva"*: come in numerose altre occasioni, è stato posto solo un vincolo di risultato, lasciando ai singoli Stati la scelta sui mezzi più adeguati al raggiungimento dello scopo, ed il legislatore italiano, nel recepire la direttiva con il D.lgs. 22 maggio 1999, n. 185, ha attuato la disposizione comunitaria citata rinviando (art. 13 Decreto)

Il settore del consumo non è comunque l'unico preso in considerazione dal legislatore comunitario: occorre infatti menzionare, sul versante della protezione dei dati personali, la Direttiva 2009/136/CE, che modifica, tra le altre, la Direttiva 2002/58/CE, in attuazione della quale, com'è noto, è stato emanato il D.lgs. 196/2003 (cd. Codice della *privacy*) di cui si è già fatto parola.

Su altro versante ancora, si ritiene particolarmente utile richiamare la Direttiva 2001/83/CE (Codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano), il cui art. 97 contempla una ricca e articolata disciplina di tutela inibitoria, e infine il Regolamento CE n. 207/2009 sul marchio comunitario.

4.1. La Direttiva 93/13/CE

Andando per ordine, la prima delle direttive menzionate è, notoriamente, la fonte con cui nel diritto comunitario è stata introdotto lo schema di disciplina organica dei contratti stipulati tra professionisti e consumatori; come si è visto in precedenza, frutto del suo recepimento nell'ordinamento italiano è stata l'introduzione degli artt. 1469-*bis* e ss. nel Codice civile.

In particolare, del corpo normativo della direttiva assume rilievo l'art. 7, a mente del quale *“gli Stati membri, nell'interesse dei consumatori e dei concorrenti professionali, provvedono a fornire mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di clausole abusive nei contratti stipulati tra un*

alla già citata Legge 281/1998, in ciò confermando la centralità assunta dalla disciplina generale delle inibitorie a tutela del consumatore, emergente sia a livello interno con la Legge 281, sia a livello europeo con la Direttiva 98/27.

professionista e dei consumatori” (alinea 1), intendendosi per tali mezzi quelli che “permettano a persone o organizzazioni, che a norma del diritto nazionale abbiano un interesse legittimo a tutelare i consumatori, di adire, a seconda del diritto nazionale, le autorità giudiziarie o gli organi amministrativi competenti affinché stabiliscano se le clausole contrattuali, redatte per un impiego generalizzato, abbiano carattere abusivo ed applichino mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l’inserzione di siffatte clausole” (alinea 2).

La direttiva, pertanto, lasciava ampio spazio ai legislatori nazionali di scegliere le forme d’azione preferibili, tenendo conto, in particolare, dei contesti normativi interni, che ovviamente non erano omogenei per tutti i Paesi membri: le opzioni possibili, stante il testo della disposizione, potevano variare sensibilmente, tra modelli di tutela “diffusi”, in cui i poteri inibitori sarebbero stati esercitati in via ordinaria dall’autorità giudiziaria su domanda degli interessati, e modelli di tutela “accentrati”, in cui invece il potere inibitorio sarebbe stato attribuito ad un’autorità amministrativa appositamente preposta al controllo delle condizioni contrattuali praticate dai professionisti⁴⁸.

Anche in punto di legittimazione attiva all’azione inibitoria avrebbero potuto sussistere notevoli differenze nelle soluzioni adottate, la direttiva lasciando aperta la possibilità di estenderla alle “persone” (cioè ai singoli individui interessati) ovvero di concentrarla nelle mani di “organizzazioni”⁴⁹.

⁴⁸ Stessa discrezionalità era stata concessa dalla Direttiva 85/450/CEE sulla pubblicità ingannevole e in tale occasione, come si ricorda, il legislatore italiano optò per la via amministrativa.

⁴⁹ CAFAGGI-MICKLITZ, «Enforcement» pubblico e privato nel diritto dei consumatori, cit., p. 344 ss.

Unica preoccupazione del legislatore comunitario era, pertanto, indicare l'obiettivo da perseguire: impedire ai professionisti di agire nel mercato facendo ricorso a contratti contenenti clausole abusive.

Il legislatore italiano, come si è visto, ha optato inizialmente per un modello che potremmo definire di moderata apertura, ovvero intermedio rispetto alle opzioni estreme: ha individuato l'autorità giudiziaria come competente ad emettere ordini inibitori, all'esito di un ordinario procedimento contenzioso, mentre ha limitato alle sole associazioni rappresentative degli interessi consumeristici il potere di agire per ottenere detti provvedimenti.

Non è stata invece chiamata in causa l'autorità amministrativa (nella specie, l'Autorità *antitrust*, istituita appena pochi anni prima), che tuttavia, negli anni seguenti, è andata assumendo sempre maggiori competenze; ultima tappa rilevante si è avuta, proprio con riguardo all'azione di contrasto avverso contratti abusivi, nel 2012, con l'introduzione nel Codice del consumo dell'art. 37-bis⁵⁰.

4.2. La Direttiva 98/27/CE

⁵⁰ Cfr. ROSSI CARLEO, *La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie*, cit., p. 492 ss.; QUERCI, *Le novità introdotte nel Codice del consumo dal d.l. 1/2012 ed il ruolo delle associazioni dei consumatori nella tutela contro le clausole vessatorie*, cit., p. 446 ss.; RUMI, *Il controllo amministrativo delle clausole vessatorie*, cit., p. 638 ss.; BONACCORSI DI PATTI, *Prime considerazioni sui procedimenti in materia di clausole vessatorie innanzi all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, cit., p. 35 ss., puntualizza come la novella disposizione non conferisca ulteriori poteri inibitori all'Autorità, essendo la competenza di questa limitata ad un accertamento di vessatorietà delle clausole, cui però si accompagna - a scopo informativo nei confronti del pubblico, e quindi per rendere efficace la tutela - l'ordine di pubblicazione del provvedimento.

La scelta originaria sulla distribuzione del potere d'azione è stata poi confermata con la già citata L. 281/1998, pressoché coeva alla seconda direttiva cui si è fatto sopra riferimento, ossia la n. 98/27/CE.

Questa rappresenta il più importante riferimento normativo per la tutela inibitoria, dal momento che istituisce un sistema generalizzato e "trasversale" di protezione del consumatore, essendo esteso a numerose materie di interesse consumeristico (materie regolate dalle direttive oggetto del rinvio contenuto nell'art. 1 ed elencate nell'allegato A) e, al contempo, offre all'interprete degli indici normativi di estremo interesse per comprendere natura e presupposti della tutela inibitoria.

Dopo aver definito il concetto di "violazione" (seppur ai soli effetti della direttiva stessa) come *"qualsiasi atto contrario alle disposizioni delle direttive riportate in allegato, così come recepite nell'ordinamento interno degli Stati membri, che leda gli interessi collettivi di cui al paragrafo 1"* (art. 1, alinea 2), la Direttiva 98/27 descrive il contenuto dei provvedimenti che le autorità interne ai singoli Stati - così come designate dalle legislazioni nazionali di recepimento della Direttiva - dovranno emanare a seguito di azione promossa dagli "enti legittimati" (art. 3 Dir.)⁵¹: in primo luogo, *"ordinare con la debita sollecitudine e, se del caso, con procedimento d'urgenza, la cessazione o l'interdizione di qualsiasi violazione"* (il che corrisponde ad una nozione di inibitoria in senso stretto); in secondo luogo, *"se del caso, prevedere misure quali la pubblicazione, integrale o parziale, della decisione, in una forma ritenuta adeguata e/o la pubblicazione di una dichiarazione rettificativa al fine di eliminare gli effetti perduranti della violazione"*; infine, *"nella misura in cui l'ordinamento giuridico dello Stato membro interessato lo permetta, condannare la parte soccombente a versare al Tesoro pubblico o ad altro*

⁵¹ Da tener presente che l'art. 7 Direttiva 98/27 non preclude agli Stati di estendere la legittimazione attiva all'inibitoria.

beneficiario designato nell'ambito o a norma della legislazione nazionale, in caso di non esecuzione della decisione entro il termine fissato dall'organo giurisdizionale o dalle autorità amministrative, un importo determinato per ciascun giorno di ritardo o qualsiasi altro importo previsto dalla legislazione nazionale al fine di garantire l'esecuzione delle decisioni".

Dalle disposizioni sopra citate emergono degli elementi da tenere in grande considerazione per lo studio della tutela inibitoria: non solo e non tanto perché il provvedimento in questione – ed in particolare, per quanto riguarda il nostro diritto interno, la Legge 281/1998 prima ed il Codice del consumo poi, che ad esso danno attuazione – pur limitando il proprio campo di applicazione al settore del diritto dei consumi, in realtà pone le basi per una tutela ad ampio raggio della persona (se non altro considerando la pervasività che i rapporti di consumo finiscono per assumere nella vita quotidiana)⁵²; ma soprattutto perché tali elementi assumono un valore *normativo* che qui si ritiene particolarmente rilevante.

Oltre ad una definizione di provvedimento inibitorio (v. art. 2, alinea 1, lett. a, come sopra accennato), infatti, si presentano due ulteriori tratti caratteristici, che ritornano con una certa frequenza ogni volta che venga chiamata in gioco la tutela inibitoria: la pubblicazione della sentenza, o comunque di una dichiarazione rettificativa dell'autore dell'illecito, con la finalità, resa esplicita, di eliminare (ma meglio sarebbe dire: contribuire ad eliminare) gli effetti perduranti dell'illecito, grazie all'opera di informazione al pubblico così svolta; la previsione (tuttavia non obbligatoria, ma certamente auspicabile) di misure sanzionatorie per l'inadempimento dell'ordine inibitorio (ossia: le *astreintes*).

⁵² V. quanto già riferito dagli Autori citati nella prec. nota 2.

Altrettanto rilevante è la chiarificazione del presupposto su cui poggia la tutela inibitoria così delineata: un atto contrario alla norma e che leda gli interessi dei consumatori, definizione questa che suggerisce decisamente un accostamento alla nozione di atto illecito contenuta nel § 823 del BGB, a mente del quale è obbligato al risarcimento colui che “illecitamente” (*widerrechtlich*) leda uno dei beni in esso elencati⁵³.

4.3. La Direttiva 2005/29/CE

La terza direttiva cui si fa riferimento è quella istitutiva delle pratiche commerciali scorrette.

Questa rappresenta con tutta probabilità la fonte più interessante dal punto di vista ricostruttivo, poiché da essa è possibile estrapolare una serie di dati normativi che, seppur riferiti, com'è ovvio, al solo ambito di applicazione della direttiva, tuttavia collimano pienamente con i caratteri propri della tutela inibitoria consegnatici dall'insegnamento dominante; non pare quindi azzardato affermare che tale provvedimento costituisca, ad un tempo, il consolidamento di risultati ben acquisiti alla scienza giuridica nonché un punto di riferimento – e ben rilevante, considerati sia il rango della fonte, sia l'importanza materiale della direttiva nella disciplina del commercio – per elaborare una teoria della tutela inibitoria.

Il punto di riferimento è dato, in particolare, dall'art. 11, alinea 2 della Direttiva stessa, in forza della quale “*gli Stati membri conferiscono all'organo giurisdizionale o amministrativo il potere, qualora ritengano neces-*

⁵³ Si è fatto qui ricorso alla traduzione italiana del BGB a cura Salvatore Patti (ed. Giuffré, Milano, 2005, p. 591).

sari detti provvedimenti tenuto conto di tutti gli interessi in causa e, in particolare, dell'interesse generale:

a) di far cessare le pratiche commerciali sleali o di proporre le azioni giudiziarie appropriate per ingiungere la loro cessazione, o

b) qualora la pratica commerciale sleale non sia stata ancora posta in essere ma sia imminente, di vietare tale pratica o di proporre le azioni giudiziarie appropriate per vietarla,

anche in assenza di prove in merito alla perdita o al danno effettivamente subito, oppure in merito all'intenzionalità o alla negligenza da parte del professionista".

Vari sono gli aspetti da tenere in conto di questa normativa.

In primo luogo, si può notare una estensione della nozione di condotta rilevante ai fini dell'accoglimento dell'inibitoria: non si parla solo di una pratica già posta in essere (evidentemente, al momento della domanda o del ricorso), ma si consente di agire anche nei casi di imminenza di attuazione della pratica stessa.

La disposizione in questione, nel quadro del diritto europeo, può essere accostata a quanto previsto dalla Direttiva 93/13 per quel che concerne la raccomandazione di clausole abusive: se infatti lo scopo di quella disciplina è di impedire la "circolazione" di contratti contenenti clausole siffatte, il suo raggiungimento passa non solo attraverso il divieto al professionista di continuare a proporre contratti abusivi, ma anche attraverso la proibizione di condotte – come appunto le raccomandazioni, specie da parte di organismi rappresentativi di categoria – che promuovano simili prassi.

Vi è quindi un'anticipazione della tutela ad un momento prodromico rispetto a quello della stretta consumazione dell'illecito, che certamente si verifica quando il professionista inizia a tenere la condotta vietata; la disposizione potrebbe pertanto fornire valido argomento a

quella corrente teorica che ha sostenuto il ricorso generalizzato alla tutela inibitoria, come strumento di protezione autenticamente preventivo, anche in fase antecedente all'illecito.

Questo problema della tutela inibitoria, che coinvolge il tema più generale del rapporto intercorrente tra essa e l'illecito civile, verrà trattato in seguito; nei limiti dell'analisi delle fonti qui svolta, basti rilevare che, in realtà, le norme ora osservate non sembrano consentire una rottura di quel rapporto, al punto da tale da configurare un provvedimento inibitorio senza illecito.

L'argomento poc'anzi addotto in via ipotetica, infatti, può ben essere ribaltato: è la stessa norma che qualifica l'imminenza della pratica come fattispecie già di per sé illecita, e quindi suscettibile di divieto.

Se infatti non si è ancora avuta una violazione dell'interesse primario, che è quello del consumatore a non subire comportamenti scorretti da parte del professionista, tali da "falsare" il suo "comportamento economico" (v. art. 5, al. 2, lett. b, Direttiva 2005/29), può essere comunque razionale ammettere il potere inibitorio in quei contesti in cui è pressoché certo che il professionista terrà quei comportamenti; il requisito dell'imminenza, del resto, impone un accertamento molto rigoroso, che non può certo dirsi soddisfatto da riscontri non sufficientemente sicuri o ancor più da un mero sospetto.

In secondo luogo – ed è questo un punto di preminente interesse nella presente ricerca – la direttiva ha cura di precisare che in entrambe le ipotesi suddette (ossia in ogni caso di richiesta di cessazione della pratica, sia essa in atto o imminente), la tutela può essere concessa "anche in assenza di prove in merito alla perdita o al danno effettivamente subito, oppure in merito all'intenzionalità o alla negligenza da parte del professionista".

La formula – benché non perspicua⁵⁴ – consente di affermare che, nel disegno del legislatore comunitario, il potere di far cessare le pratiche scorrette prescinde sia dall'esistenza di un danno, sia dalla verifica di un dolo o di una colpa del professionista.

È questo, come si è accennato in apertura, un dato normativo di estrema significatività, poiché viene affermato non più in via ermeneutica, ad opera degli interpreti, ma direttamente ad opera del diritto positivo lo sganciamento della tutela inibitoria dai requisiti del danno e della colpa, in piena continuità con le tesi fino ad oggi maggioritarie.

Come si avrà modo di vedere nel prosieguo dello studio, infatti, non sono mancate voci dissenzienti, soprattutto in merito al ruolo che il danno può assumere nella ricostruzione dell'inibitoria.

4.4. La Direttiva 2009/136/CE

Questo provvedimento introduce una serie di modifiche alla Direttiva 2002/58/CE, che, com'è noto, insieme alla Direttiva 95/46/CE, costituisce la disciplina comunitaria sulla base della quale è stato elaborato il D.lgs. 196/2003; in particolare, necessita qui di essere menzionato l'art. 2, n. 7, della Direttiva 2009/136, che va a riformulare l'art. 13 della Direttiva 2002/58, relativo alle comunicazione elettroniche indesiderate (materia che, nel diritto nazionale, trova disciplina nell'art. 130 del Codice privacy).

⁵⁴ Non si afferma infatti *apertis verbis* che il potere di far cessare la pratica (*id est*, l'inibitoria) prescinde dal danno, ma ci si limita a porre la questione sul solo piano probatorio. Non pare comunque che questa differenza infici le conclusioni di cui al testo, dal momento che emerge con sufficiente chiarezza lo scopo della norma.

L'alinea 6 dell'art. 13 prevede infatti che *"ogni persona fisica o giuridica che abbia subito effetti pregiudizievoli a seguito delle violazioni delle disposizioni nazionali adottate ai sensi del presente articolo e abbia un interesse legittimo alla cessazione o al divieto di tali violazioni, in particolare un fornitore di servizi di comunicazione elettronica che intenda tutelare i propri legittimi interessi commerciali, abbia il diritto di promuovere un'azione giudiziaria contro tali violazioni"*.

La disposizione non presenta un elevato dettaglio per quel che concerne caratteri e presupposti della tutela inibitoria, che comunque costituisce oggetto della disposizione, essendo richiamata in modo evidente nel momento in cui si fa salva l'azione giudiziaria tesa alla "cessazione o al divieto" delle violazioni; può dirsi anche che essa non costituisca un'innovazione particolarmente rilevante nel quadro delle tutele della persona, visto che già il testo originario dell'art. 13 della Direttiva 2002/58 istituiva una disciplina generale difensiva contro le comunicazioni elettroniche indesiderate (seppur nel solo ambito delle comunicazioni a fini di commercializzazione)⁵⁵.

Probabilmente, la più significativa novità che essa reca è l'estensione della legittimazione attiva all'azione inibitoria ai fornitori di servizi di comunicazione elettronica: come chiarisce infatti il Considerando n. 68 della Direttiva 2009/136, essi da un lato dispongono dei mezzi necessari per individuare i mittenti di messaggi cd. *spam* - possibilità di solito preclusa all'utente ordinario - mentre da altro lato, a fron-

⁵⁵ Il passo in avanti ottenuto grazie alla Direttiva 2002/58 è rimarcato da DI CIOMMO, "Lo «spamming», dalle reti telematiche alle aule dei tribunali", in *Foro it.*, 2004, I, c. 2908 ss. (in nota a due sentenze del Giudice di pace di Napoli, rispettivamente in data 10 e 26 giugno 2004, che condannavano altrettante società per aver inviato messaggi promozionali indesiderati ad utenti che non avevano prestato alcun consenso).

te di tali attività illecite, assumono una posizione di convergenza di intenti con i loro clienti, tanto da rendere opportuno autorizzarli a *“difendere gli interessi dei loro clienti quali parte integrante dei propri interessi commerciali legittimi”*.

In ogni caso, anche questo indice normativo dà ulteriore testimonianza di una solida fiducia riposta dal legislatore comunitario nei mezzi di tutela tesi alla prevenzione ed alla repressione immediata degli illeciti⁵⁶.

4.5. La Direttiva 2001/83/CE

Al pari di altre direttive cui s'è fatto cenno in precedenza, anche quella in esame si può annoverare tra quelle più “settoriali” e quindi di minor portata da un punto di vista sistematico; un'ulteriore e più importante ragione che ne potrebbe giustificare il disinteresse ai fini della presente ricerca risiede nella circostanza che, in sede di attuazione, avvenuta con il D.lgs. 24 aprile 2006, n. 219, i poteri inibitori sono stati accentrati in capo al Ministero della Salute ed all'AIFA (v. artt. 119, comma 13, e 120, comma 6, D.lgs. cit.); la delega al legislatore italiano, contenuta nell'art. 97 della Direttiva, è stata pertanto esercitata scegliendo il puro modello amministrativo e centralizzato di controllo sulla pubblicità di prodotti medicinali.

Nonostante ciò, questa fonte merita comunque di esser menzionata poiché la competenza ad emettere inibitorie non può dirsi esclusi-

⁵⁶ Dove per “immediata” – si tiene qui a precisare – deve intendersi una repressione che non attenda che la violazione si consolidi in un danno da risarcire, ma intervenga per la sola ragione che l'attività pregiudica la libertà di terzi e non è da questi autorizzata.

va dell'autorità amministrativa: con l'inclusione della Direttiva 2001/83 nell'Allegato della Direttiva 2009/22, nonché attraverso il richiamo contenuto nell'art. 139, comma 1, lett. b), del Codice del consumo alla disciplina interna sulla pubblicità di medicinali (D.lgs. 30 dicembre 1992, n. 541 e ss.mm.), la fonte in esame contribuisce ad estendere la sfera di competenza delle associazioni di consumatori all'esercizio delle azioni inibitorie e quindi va ad assumere diretta rilevanza anche sul piano civilistico⁵⁷.

4.6. Il Regolamento CE 207/2009

Di questa ultima fonte in rassegna merita segnalare il contenuto dell'art. 102, a mente del quale *“quando un tribunale dei marchi comunitari accerta che il convenuto ha contraffatto un marchio comunitario o commesso atti che costituiscono minaccia di contraffazione, emette un'ordinanza vietandogli, a meno che esistano motivi particolari che sconsiglino una siffatta deci-*

⁵⁷ La questione, in realtà, è un poco più complessa, poiché l'art. 139, comma 1, lett. b), Codice del consumo ancora menziona il D.lgs. 541/1992, che però è stato abrogato dal citato D.lgs. 219/2006; evidentemente, quindi, si è avuto un difetto di coordinamento tra le due fonti normative. Dal momento però che quest'ultimo provvedimento rappresenta attuazione della Direttiva 2001/83, la quale ha come scopo il riordino in testo unico delle precedenti disposizioni normative accumulate nel tempo, tra cui la Direttiva 92/28/CE (in attuazione della quale, a propria volta, fu emanato il D.lgs. 541/1992), si può ritenere che la legittimazione delle associazioni dei consumatori sia estesa, nel regime vigente, alla tutela degli interessi collettivi contemplati nel D.lgs. 219/2006, che costituisce appunto il novello riferimento normativo sulla pubblicità di medicinali. Da ricordare, poi, che esso – giusti i principi consolidati circa i rapporti tra diritto interno e diritto comunitario – andrà interpretato in conformità alle norme della Direttiva 2001/83 di cui costituisce attuazione.

sione, di continuare gli atti di contraffazione o che costituiscono minaccia di contraffazione. Prende anche, in conformità della legge nazionale, le misure dirette a garantire l'osservanza del divieto".

Le disposizioni di questa fonte non sono chiaramente innovative sul piano degli interessi tutelati, essendo tradizione consolidata quella che individua nel diritto dei marchi, e della proprietà industriale in genere, uno dei campi di elezione dell'inibitoria; si distingue comunque la norma che amplia l'ambito della tutela agli "atti che costituiscono minaccia" alla violazione del diritto, collocando così questa fonte tra quelle che, come si vedrà, assegnano all'inibitoria un ruolo eminentemente preventivo, nel senso di non solamente impedire la continuazione degli illeciti, ma di prevenirli ancor prima che essi si manifestino.

5. Il progetto di legge sui beni comuni.

Un'ultima notazione, seppur formalmente estranea alla ricognizione della legislazione vigente, visto che al momento si tratta solo di una prospettiva *de iure condendo*, riguarda il recente disegno di legge delega n. 1838, presentato al Senato il 22 ottobre 2009, per l'introduzione nel Libro III del Codice civile di una terza categoria di beni, i cd. "beni comuni", che andrebbe ad ampliare la già nota bipartizione tra beni pubblici e beni privati.

Com'è noto, il disegno di legge traduce in sé i risultati del lavoro compiuto dalla cd. "Commissione Rodotà", istituita dal Ministero della

Giustizia il 21 giugno 2007, “*al fine di elaborare uno schema di legge delega per la modifica delle norme del codice civile in materia di beni pubblici*”⁵⁸.

Il disegno di legge frutto di quei lavori si caratterizza, dal punto di vista che qui strettamente interessa, per la presenza di alcune prescrizioni normative che richiamano, più o meno esplicitamente, l'azione inibitoria; manca allo stato una disciplina di dettaglio, in ordine alla quale – vista la natura giuridica che il documento verrebbe ad acquisire, ove entrasse in vigore – spetterebbe ovviamente al legislatore delegato provvedere, cionondimeno i dati desumibili dal progetto sono interessanti da analizzare – anche se in estrema sintesi – non solo per il loro valore “politico”, ossia come testimonianza di un'accresciuta consapevolezza circa l'indispensabilità della tutela inibitoria, ma anche per il loro valore sistematico (seppure, al momento, solo ipotetico).

Più precisamente, il disegno di legge contiene due riferimenti utili, corrispondenti ad altrettante categorie di beni – ma non a tutte – prese in considerazione ai fini della riforma: a) nel primo, costituente parte della novella disciplina dei beni comuni, si afferma che “alla tutela giurisdizionale dei *diritti connessi alla salvaguardia e alla fruizione* dei beni comuni ha accesso *chiunque*” [corsivi miei] (art. 1, comma 3, lett. c), D.d.l.); b) nel secondo, relativo ai cd. “beni ad appartenenza pubblica necessaria” (che raccolgono, in buona parte, quelli oggi classificati come beni demaniali necessari), si precisa che “lo Stato e gli enti pubblici territoriali sono titolari dell'*azione inibitoria* e di quella risarcitoria” (art. 1, comma 3, lett. d), n. 1, D.d.l.)⁵⁹.

⁵⁸ In termini la *Relazione di accompagnamento al Disegno di legge delega*, riportata, in calce al testo del disegno legge, in AA.VV., *Oltre il pubblico e il privato*, a cura di M.R. Marella, Verona, ed. Ombre Corte, p. 161 ss.

⁵⁹ Non pare invece particolarmente significativo un terzo, possibile riferimento ai cd. “beni pubblici sociali”, in cui si afferma in modo generico che “il legislatore

Con riguardo a questa seconda disciplina, i redattori del progetto, nella Relazione di accompagnamento, chiariscono che restando “*ferme inusucapibilità, inalienabilità, autotutela amministrativa*”, del resto già caratteristiche della categoria, tuttavia “*si aggiungono garanzie esplicite in materia di tutela sia risarcitoria che inibitoria*”⁶⁰.

A tal proposito, come si percepisce dalle parole stesse degli autori, lo scopo di tale disposizione è più quello di dissipare ogni dubbio in merito alla pienezza delle forme di tutela spettanti allo Stato per la salvaguardia di detti beni, che non quello di innovare realmente la disciplina esistente; l'appartenenza dei beni allo Stato, infatti, avrebbe comunque legittimato, conformemente ad una qualsiasi altra situazione proprietaria, la facoltà di agire in inibitoria.

Maggiore interesse è invece suscitato dalla prima disciplina, che poi è quella veramente innovativa poiché – qui sta la caratteristica essenziale della riforma - viene riconosciuta dignità di categoria autonoma a dei beni che rivestono importanza fondamentale per i bisogni primari dell'uomo, ma “*che soffrono di una situazione altamente critica, per problemi di scarsità e di depauperamento e per assoluta insufficienza delle garanzie giuridiche*”⁶¹.

In relazione a questi beni i redattori del progetto hanno cura di precisare che mentre “*la tutela risarcitoria e la tutela restitutoria spettano allo Stato*”, “*la tutela inibitoria spetta a chiunque possa fruire delle utilità dei*

delegato stabilisce le modalità e le condizioni di tutela giurisdizionale dei beni pubblici sociali *anche da parte dei destinatari delle prestazioni*” [corsivo mio] (art. 1, comma 3, lett. d), n. 2).

⁶⁰ *Oltre il pubblico e il privato*, cit., p. 167.

⁶¹ *Loc. ult. cit.*

beni comuni in quanto titolare del corrispondente diritto soggettivo alla loro fruizione"⁶².

Da un lato, quindi, per quei beni viene conformato un regime giuridico di tutela che ha le sembianze di una azione popolare; in questo senso, quindi, viene rivalutato un modello di giustizia basato su una legittimazione ad agire diffusa che, pur se in misura molto limitata, ha avuto uno spazio in alcune legislazioni passate e con il quale, in buona sostanza, si è lasciato spazio all'iniziativa di tutti coloro che, trovandosi più o meno direttamente coinvolti dalla vicenda relativa al bene, si sono fatti portatori individuali di un interesse comune ad un gruppo⁶³.

⁶² *Loc. ult. cit.*

⁶³ Le azioni popolari sono tradizionalmente considerate casi del tutto eccezionali in un sistema come il nostro, nettamente segnato dalla contrapposizione tra interesse pubblico, alla cui realizzazione sono preposti enti istituzionali, e interesse individuale, di esclusiva competenza del suo titolare (e sempreché, si intende, sia formalmente riconosciuto). Un esempio importante di azione popolare - che con la progettata disciplina dei beni comuni condivide una finalità di protezione di risorse territoriali - fu introdotto dall'art. 10, comma 9 della Legge 6 agosto 1967, n. 765 (cd. "Legge ponte"), che facoltizzava "chiunque" ad impugnare la licenza edilizia che fosse rilasciata in contrasto con gli strumenti urbanistici in vigore; da tempo, tuttavia, la disposizione non è più in vigore. Sul punto si rinvia alla accurata ricerca di CECCHERINI, *La tutela degli interessi diffusi (con particolare riferimento al sistema giuridico italiano)*, in AA.VV., *Norme in materia di danno ambientale*, Atti del convegno di studi 9 luglio 1987, a cura di E. Cesaro, 1990, Benevento, ed. C. M. Nigro, p. 106 ss. (ove una più ampia ricognizione delle ipotesi di giuridico riconoscimento di interessi diffusi) ed a MENGOLI, *Manuale di diritto urbanistico*, VI ed., Milano, Giuffré, 2009, p. 1138 ss. Nel diritto vigente le azioni popolari sono estremamente rare; una delle più recenti tracce di questo istituto può rinvenirsi nell'art. 9, D.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (cd. T.U. Enti locali). Per un inquadramento generale, si veda LUGO, voce "Azione popolare", in *Enc. dir.*, IV, Milano, Giuffré, 1959, *passim*.

In questi casi, com'è noto, la situazione giuridica di riferimento – in verità non sempre molto chiara nei suoi contorni, specie quando si tratti di individuarne limiti qualitativi e quantitativi nel caso concreto – è quella del cd. interesse diffuso⁶⁴.

Dall'altro lato, però, sembra smentirsi questo stesso presupposto, poiché i redattori del progetto, nel passo della Relazione di accompagnamento poc'anzi citata, si preoccupano di qualificare la posizione giuridica del singolo in termini di vero e proprio "diritto soggettivo" e non già di mero interesse diffuso.

In questo senso, ci si riallaccia alla tradizione in due sensi: si riconosce che l'accesso alle risorse che il bene comune produce non è genericamente garantito ad una non meglio precisata comunità, ma è una pretesa spettante ad ogni singolo individuo (non importa qui indagare sulla sua effettiva conformazione in termini di diritto reale); si mantiene fermo il legame – di cui si parlerà più avanti nella presente ricerca – che unisce azione inibitoria e diritto soggettivo (in particolare, diritto assoluto).

⁶⁴ Cfr. ancora il saggio di CECCHERINI cit. alla nota precedente, nonché, più in generale, DONZELLI, voce *"Interessi collettivi e diffusi"*, cit., p. 2 ss.; IUDICA, *Diritti diffusi*, in *Enc. del Novecento*, Suppl. 2004, Treccani, Roma, presso il portale www.treccani.it; ALPA, *"Interessi diffusi"*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, UTET, 1993; BGLIAZZI GERI-BRECCIA-BUSNELLI-NATOLI, *Diritto civile, I, Norme, soggetti e rapporto giuridico*, t. 1, Torino, UTET, 2000, p. 263 ss. (i quali ultimi ne rinvergono i tratti qualificanti nella *"particolare rilevanza sul piano dell'ordinamento costituzionale"* e nel *"riconoscimento affidato a norme di ordine pubblico"*).

CAPITOLO 2

PROFILI SISTEMATICI – INIBITORIA E ILLECITO CIVILE

1. Inibitoria come sanzione.

Prima di procedere all'analisi del rapporto tra tutela inibitoria e illecito civile, si ritiene opportuno dar giustificazione di una scelta lessicale che certamente il lettore nota fin dal titolo del presente studio: l'utilizzo del termine "sanzione" per indicare la misura di carattere inibitorio.

Tale scelta può sollevare una certa sorpresa in un tempo in cui, scorrendo i testi di dottrina ed i repertori di giurisprudenza, si nota come il termine "rimedio", nell'ambito del diritto civile, abbia guadagnato una posizione di netta prevalenza rispetto al più tradizionale "sanzione", ormai riservato a designare quelle reazioni dell'ordinamento caratterizzate da una più o meno marcata funzione penale⁶⁵.

Le ragioni che giustificano questa tendenza possono essere diverse.

Da un lato, è ormai appurato come la spinta determinante verso questa opzione linguistica sia stata esercitata dal crescente contatto con gli ordinamenti di *common law*, caratterizzati, com'è notorio, dalla centralità del concetto di *remedy*; in ciò non trascurando, peraltro, una certa

⁶⁵ In una prospettiva di ben più ampia portata, si vedano peraltro le osservazioni critiche di D'AGOSTINO, voce "Sanzione", in *Enc. dir.*, cit., XLI, 1989, § 1, circa un progressivo quanto ingiustificato disinteresse teorico per la categoria "sanzione".

propensione all'esterofilia - talvolta criticata nei suoi eccessi - da parte di numerosi interpreti⁶⁶.

Da altro lato, può forse essere percepito, nell'uso del termine "rimedio", un maggior senso neutralità assiologica, tale da evitare richiami a superate concezioni imperativistiche del diritto, così sollevando l'interprete dal peso di formulare, seppur implicitamente, un giudizio di disvalore nei confronti dei fatti che vengono osservati e delle relative conseguenze giuridiche⁶⁷.

Il "rimedio" si risolve così ad indicare puramente e semplicemente uno strumento di riequilibrio a disposizione dell'interessato per ovviare a una situazione a lui pregiudizievole, sia essa originata, ad esempio, da un *tort*, da un inadempimento, da un arricchimento ingiustificato - in termini generali, ogni volta che si presenti un "bisogno di tutela" - , e senza che la sua concessione da parte del giudice passi necessariamente attraverso una valutazione di illiceità del fatto, essendo il suo compito, piuttosto, quello di adottare un provvedimento adeguato secondo le circostanze e gli interessi del caso⁶⁸.

⁶⁶ Cfr. BUSNELLI, *Atto illecito e contratto illecito: quale connessione?*, in *Contr. e impr.*, 2013, p. 878. Una sintesi di questa tendenza, offerta già in sede di introduzione alla tematica della tutela dei diritti, è efficacemente svolta da DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, 4a ed., Milano, Giuffré, 2001, p. 13 ss. (l'A., peraltro, manifesta anch'egli una certa preferenza verso questa più moderno lessico). Per una chiara manifestazione della preferenza verso il linguaggio dei rimedi, cfr. ASTONE, *L'autonomia rilevanza dell'atto illecito*, Milano, Giuffré, 2012, p. 111 ss.

⁶⁷ Cfr. D'AGOSTINO, *loc. ult. cit.*: "La rapida - ma centratissima - osservazione di Scarpelli [in Thomas Hobbes. *Linguaggio e leggi naturali. Il tempo e la pena*, Milano, 1981, 68, ndr], secondo cui il rifiuto della sofferenza va assunto a carattere definitorio e differenziale dell'etica moderna, rende bene ragione del fenomeno di rimozione che viene ormai costantemente operato a carico della sanzione [...]". Ma v. anche BUSNELLI, *Atto illecito e contratto illecito: quale connessione?*, in *Contr. impr.*, 2013, p. 878.

⁶⁸ Cfr. MAZZAMUTO, *La nozione di rimedio nel diritto continentale*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, p. 585 ss., che oltre all'adeguatezza richiama criteri come la proporzionalità e la ragionevolezza.

In questo studio, invece, si manterrà fede al lessico tradizionale continuando a qualificare queste reazioni dell'ordinamento come "sanzioni", da intendere non come sinonimi di "pene", bensì, in senso più generale come conseguenze sfavorevoli che possono discendere dalla inosservanza di prescrizioni normative⁶⁹; nozione, questa, che non sembra aver perso la sua validità, specialmente ove si tratti di ricollegarla all'illecito, ossia ad un atto che, per definizione, rappresenta un momento di contrasto con i valori dell'ordinamento⁷⁰.

Vale spendere qualche parola sul punto, poiché la dichiarata scelta terminologica non ha qui l'unico (e banale) valore di ossequio ad una vetusta tradizione; al contrario, essa si basa su alcune notazioni di carattere generale che si reputano particolarmente utili per comprendere la funzione che la tutela inibitoria svolge con riferimento all'illecito.

Una constatazione preliminare, già accennata in apertura, riguarda il progressivo confinamento della sanzione nei campi del diritto amministrativo e penale, circostanza questa del tutto comprensibile tenuto conto della tendenza dominante ad identificare il concetto di sanzione con quello di pena⁷¹.

Anche in materia di illecito civile, l'utilizzo del sostantivo "sanzione", o dell'aggettivo "sanzionatorio", viene riservato – nelle occasio-

⁶⁹ Questa la definizione offerta da BIGLIAZZI GERI-BRECCIA-BUSNELLI-NATOLI, *Diritto civile, I, Norme, soggetti e rapporto giuridico*, t. 1, Torino, UTET, 2000, p. 17, in linea con l'insegnamento di MANTOVANI, *Lectio brevis sulla sanzione*, in *Le pene private*, a cura di F.D. Busnelli e G. Scalfi, Milano, Giuffrè, 1985, p. 55 ss. Sulla nozione di sanzione si vedano poi BOBBIO, voce "Sanzione", in *Nov. Dig. it.*, XVI, 1969, p. 530 ss.; GAVAZZI, voce "Sanzione", in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1994, p. 1; MARRA, voce "Sanzione", in *Dig. disc. priv.*, Torino, UTET, 1998.

⁷⁰ Cfr. BOBBIO, op. cit., p. 537, che riassume efficacemente il concetto di sanzione collocandolo nell'area delle "misure di conservazione del sistema che sono caratterizzate da una qualche forma di reazione o di risposta alla violazione".

⁷¹ "Nel linguaggio più diffuso, 'sanzionare' equivale essenzialmente a 'punire': così D'AGOSTINO, op. cit., § 3.

ni in cui si ritenga ancora opportuno adoperarli - per descrivere la reazione dell'ordinamento ad un illecito colposo, attribuendo così alla misura prevista - il risarcimento del danno - una finalità non solo riparatoria, ma anche, seppur latamente, afflittiva⁷².

In questi casi, tuttavia, pare più corretto pensare che l'afflizione stia in rapporto di diretta consequenzialità con la riprovazione insita nel giudizio di colpa, ma non esaurisca di per sé il significato della sanzione⁷³: rifacendosi ancora alle parole del filosofo, *"ciò che caratterizza la sanzione - dal punto di vista del giurista - non deve esser tanto il fatto che essa costituisce «una reazione da parte di una società o di un considerevole numero di suoi membri a un modo di comportamento che viene in tal modo approvato (sanzioni positive) o disapprovato (sanzioni negative)» - definizione peraltro impeccabile da un punto di vista antropologico-culturale -, quanto che essa tende a ristabilire oggettivamente una simmetria alterata, colpendo il responsabile"*⁷⁴.

⁷² Anche i più convinti assertori della responsabilità civile come istituto caratterizzato essenzialmente da una finalità compensativa del danno non possono non constatare la sua poliedricità sotto il profilo funzionale; per quanto ci si rifiuti di dare ulteriore credito all'idea tradizionale, secondo cui il risarcimento è sanzione per la violazione di un obbligo, non si può tuttavia disconoscere il fatto che la responsabilità civile, per come è disciplinata oggi, prevede una pluralità di criteri di imputazione, aventi origine in bisogni sociali differenziati e rispondenti, pertanto, a logiche altrettanto differenziate. Ecco perché anche uno dei più autorevoli tra quegli assertori, dopo aver affermato che al risarcimento del danno patrimoniale non spetta il titolo di "sanzione", corregge il tiro precisando che *"ciò non vuol dire che la responsabilità sia sempre priva di una funzione preventiva o punitiva. Quando ciò accada, però, tale funzione è propria non del risarcimento, ma di una, tra le possibili ragioni per cui si risponde di un danno"*: SALVI, voce *"Responsabilità extracontrattuale (dir. vig.)"*, in *Enc. dir.*, cit., XXXIX, 1988, § 10.

⁷³ Ovviamente non si vuole qui riproporre un concetto ormai superato di colpa, nel senso di riprovazione morale del comportamento; la riprovazione si rivolge semplicemente nei confronti della negligenza che ha portato al danno e che impone di considerare la responsabilità per colpa come marcata anche da una finalità sanzionatoria. V. nota prec., nonché BUSNELLI, voce *"Illecito civile"*, cit., p. 6.

⁷⁴ D'AGOSTINO, op. cit., § 5.

In accordo con la linea di pensiero appena richiamata, possiamo invece assumere, come carattere fondamentale della sanzione, quello di essere “dovere coesistenziale”: “dovere”, poiché un sistema rinunci ad applicarla con regolarità è destinato all’autodissoluzione; “coesistenziale” poiché, reagendo agli atti che turbano l’ordine sociale, consente di ristabilire la coesistenza tra gli individui, garantendone le reciproche libertà⁷⁵.

In questo quadro concettuale, l’illecito, cui sono state diverse ricostruzioni, ma su cui si può registrare una sostanziale concordia di opinioni quando lo si definisce come “violazione di una norma”⁷⁶, costituisce la rottura di quell’ordine e pertanto costituisce “la premessa qualificante per l’identificazione della sanzione”⁷⁷.

Fissati questi principi, non dovrebbero allora esservi remore a qualificare l’inibitoria come sanzione: essa, da un lato, comporta la proibizione di un certa condotta, il che significa – a prescindere dal concetto di illecito che si accolga, e su cui comunque si avrà modo di svolgere i dovuti chiarimenti in seguito – che essa è chiaramente disapprovata dall’ordinamento in quanto lesiva del suo ordine interno; dall’altro lato, per la distinzione sopra fatta, è opportuno non confondere sanzione e pena e, conseguentemente, non cadere nell’equivoco che assegnare all’inibitoria la qualifica di sanzione equivalga a concepirla come una pena⁷⁸.

⁷⁵ D’AGOSTINO, op. cit., § 3.

⁷⁶ Cfr. BUSNELLI, *Atto illecito e contratto illecito: quale connessione?*, in *Contr. impr.*, 2013, p. 881, con riferimento alle voci enciclopediche di TRIMARCHI e di SCOGNAMIGLIO (sulle quali v. *infra*).

⁷⁷ D’AGOSTINO, op. cit., § 6.

⁷⁸ Circostanza tutt’altro che scontata: cfr. ALBANESE, voce “*Illecito (storia)*”, in *Enc. dir.*, cit., XX, 1970, § 1 in fine (ed in part. nota 2), il quale, equiparando la sanzione con la pena, si meraviglia che SCOGNAMIGLIO (su cui v. *infra*, nel testo) adoperi la nozione di sanzione con riferimento all’inibizione giudiziale, che ha ad oggetto atti fu-

L'inibitoria, infatti, è sanzione poiché risponde al requisito essenziale di essere comunque il frutto di un giudizio di disvalore, a cui consegue un doveroso "*intervento restaurativo dell'ordine violato*"⁷⁹ da parte del responsabile, ma ciò non comporta affatto attribuirle una natura afflittiva che essa non ha.

La pena, infatti, è caratterizzata dal fatto di infliggere un male al trasgressore, colpendolo in un bene diverso da quello offeso⁸⁰, mentre l'inibitoria ha questo di caratteristico: consiste sì in una conseguenza di carattere negativo, che si esprime formalmente nella obbligazione negativa di cessare e non ripetere la specifica condotta a carico del trasgressore - comportando quindi per lui, dal punto di vista giuridico, un aggravio nella situazione debitoria -, ma occorre anche considerare che il contenuto di tale obbligazione corrisponde a quella condotta, che è in violazione dell'altrui diritto, e non eccede tale limite; in altri termini, il "bene" che la sanzione mira a colpire è esattamente lo stesso che l'autore del fatto persegue mantenendo il comportamento da inibire ed eccedendo, quindi, nella propria libertà d'azione.

Basti un rapido, semplice ma utile confronto con l'ipotesi della pena detentiva prevista per i reati: è comune insegnamento quello secondo cui non vi è corrispondenza tra il bene leso dal reo e il bene di cui verrà privato a titolo di pena, e cioè la libertà personale⁸¹.

Nell'inibitoria civile, questa corrispondenza invece c'è ed è necessaria, poiché, accertato che si è in presenza di un attività illecita - o comunque di un comportamento che il soggetto leso non ha diritto di

turi, "*ond'è che non si vede un vero rapporto sanzionatorio rispetto ad atti già compiuti*". Stesso ragionamento è seguito da PIETROBON, *Illecito e fatto illecito, inibitoria e risarcimento*, Padova, CEDAM, 1998, p. 23.

⁷⁹ D'AGOSTINO, op. cit., § 5.

⁸⁰ MANTOVANI, op. cit., p. 59.

⁸¹ MANTOVANI, loc. ult. cit.

subire⁸² - , oggetto del divieto giudiziale sarà solo quel medesimo comportamento, e non anche altri sui quali l'accertamento non insiste (ed ai quali, pertanto, il divieto non si estende)⁸³.

Il disvelamento di questo tratto caratterizzante dell'inibitoria è di particolare importanza, poiché consente di porre le basi per affrontare una delle maggiori obiezioni all'ammissione di una tutela inibitoria atipica: il problema della tutela della libertà dell'individuo.

Un Maestro della civilistica, in occasione di uno dei più noti e importanti contributi scientifici sul tema dell'illecito civile, ha efficacemente sintetizzato il tema bollando come "*destituita di ogni fondamento normativo*" l'idea che l'azione inibitoria sia esperibile in via generale, sul solo presupposto della messa in pericolo del diritto altrui, poiché ciò si sarebbe posto in insanabile contrasto con uno dei principi cardine del diritto civile, che la garanzia del soggetto di poter contare sulla "*più ampia sfera di libertà d'agire*"⁸⁴.

⁸² La precisazione potrà apparire una banale ripetizione, ma è opportuna perché, come si vedrà in prosieguo, una corrente di pensiero propensa a rendere una nozione ristretta di illecito ritiene che le due formule non si equivalgano.

⁸³ Anticipando qui un punto che sarà analizzato al termine della trattazione, vale la pena precisare che, all'atto pratico, questa corrispondenza non sarà sempre perfetta. Un argomento frequentemente addotto dalla dottrina, e ben rappresentato da LIBERTINI in vari suoi scritti (*Azioni e sanzioni nella disciplina della concorrenza sleale*, in GHIDINI-LIBERTINI-VOLPE PUTZOLU, *La concorrenza e i consorzi*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.* diretto da F. Galgano, vol. IV, Padova, CEDAM, 1981, p. 245; *La tutela civile inibitoria*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, cit., p. 319 ss.; *Nuove riflessioni in tema di tutela civile inibitoria e risarcimento del danno*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 388 ss.) è quello secondo cui l'ordine inibitorio dovrà essere "ragionevolmente esteso" rispetto alla condotta accertata, altrimenti il destinatario potrebbe aggirarlo troppo facilmente.

⁸⁴ SCOGNAMIGLIO, voce "*Illecito (diritto vigente)*", in *Nov. Dig. it.*, VIII, 1968, e ora in *Scritti giuridici*, vol. I, Padova, CEDAM, 1996, p. 303-304 (d'ora in avanti le citazioni saranno relative a questa seconda pubblicazione). Senonché, subito a seguito delle parole citate nel testo, l'illustre Autore fa seguire l'ovvia precisazione: "*compatibile con la libertà degli altri consociati*"; considerato il tema in esame, questa, più che apparire come una clausola di stile, costituisce invece il punto dolente, poiché la questione

Questa recisa conclusione può essere compresa se si pensa che il divieto oggetto dell'inibitoria (perlomeno quella emessa all'esito di un procedimento giurisdizionale teso ad acquisire efficacia di giudicato) preclude definitivamente al destinatario di tenere la condotta sanzionata e ciò, indubbiamente, è in grado di generare i timori manifestati; rinviando oltre per gli altri aspetti che l'obiezione in esame solleva, basti qui rilevare che quella stessa preclusione non si attegga come pena, ma come "sanzione adeguata" di un divieto (queste le parole usate da Scognamiglio), ossia di una situazione in cui certamente il soggetto non ha libertà di agire⁸⁵.

Se poi, come si cercherà di esporre, l'idea che l'illecito civile si limiti ai soli casi di espresso divieto può dirsi definitivamente superata in favore di una nozione più ampia che, al pari dell'"ingiustizia" di cui fa parola l'art. 2043 c.c., rinvia essenzialmente ad un bilanciamento di

dell'inibitoria si pone primariamente in occasione di uno scontro tra due libertà: una che reclama di potersi esplicare, l'altra che denuncia una indebita limitazione (cfr. LIBERTINI, *Azioni e sanzioni nella disciplina della concorrenza sleale*, cit., p. 241, nota 16). Ciò spiega perché uno dei più autorevoli studiosi della tutela civile inibitoria la descriva come un "regolamento di confini" tra diritti (LIBERTINI, *La tutela civile inibitoria, in Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, cit., p. 320).

⁸⁵ Si veda fin d'ora D'ADDA, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di tutela civile inibitoria definitiva*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, § 7, il quale, condivisibilmente, confuta l'argomento della minaccia alla libertà, sull'ovvia e dirimente considerazione che chi versa in *re illicita* non merita tutela.

interessi⁸⁶, ecco che allora l'argomento della garanzia di libertà viene inevitabilmente a cadere⁸⁷.

Ancora qualche notazione in merito all'inquadramento dell'inibitoria nel sistema delle sanzioni.

Attenendosi alla loro classificazione, così come operata dalla più autorevole dottrina sulla base del criterio funzionale⁸⁸, potrebbe sorgere il dubbio circa l'esatta collocazione da assegnare all'inibitoria.

Da un lato, si ritiene in via prevalente che la sua ammissibilità debba comunque poggiare su una situazione di illiceità in atto, ché altrimenti si potrebbe davvero concretizzare il rischio, paventato dalla dottrina richiamata in precedenza, di una ingiustificabile compressione del libero agire umano⁸⁹.

Questa caratteristica ne renderebbe l'immagine, secondo la terminologia di Bobbio, di "*misura successiva*" rispetto alla violazione⁹⁰.

⁸⁶ Sul giudizio di ingiustizia, cfr., a partire dalla nota voce enciclopedica di TRIMARCHI ("*Illecito (dir. priv.)*"), in *Enc. dir., cit., passim*, ma in part. §§ 10-12), *ex multis*, SALVI, voce "*Responsabilità extracontrattuale (dir. vig.)*", in *Enc. dir., cit.*, XXXIX, 1988, § 18; SCOGNAMIGLIO, voce "*Ingiustizia del danno*", in *Enc. giur. Treccani, cit.*, Agg. 1996, p. 10 ss.; NAVARRETTA, *Riflessioni in margine all'ingiustizia del danno*, in *Liber amicorum per Francesco D. Busnelli*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2008, p. 617 ss.; e da ultimo BUSNELLI, *Atto illecito e contratto illecito: quale connessione?*, in *Contr. impr.*, 2013, p. 883.

⁸⁷ BELLELLI, *L'inibitoria come strumento generale di tutela contro l'illecito*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 616; D'ADDA, loc. ult. cit.

⁸⁸ BOBBIO, op. cit., p. 536 ss.

⁸⁹ Cfr. BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, *Diritto civile*, 3, *Obbligazioni e contratti*, Torino, UTET, 1995, p. 787-788, quando affermano, condivisibilmente, che "*non sembra, invece, presupposto sufficiente il semplice pericolo di un fatto illecito futuro; se così fosse, l'inibitoria rischierebbe di divenire uno strumento di interferenza arbitraria nella sfera delle attività lecite, prestandosi a intollerabili sopraffazioni*".

⁹⁰ GIARDINA, in AA.VV., *Diritto privato, Parte prima*, Torino, UTET, 2009, p. 119; MACIOCE, *L'obbligazione e il contratto*, Torino, Giappichelli, 3a ed., 2013, p. 118. Si segnala anche l'insegnamento di CANNADA BARTOLI, voce "*Illecito (dir. amm.)*", in *Enc. dir., cit.*, XX, 1970, § 7, il quale, seppur incidentalmente nell'economia della sua trattazione, tiene a sottolineare la differenza di piani su cui si muovono risarcimento del danno e repressione dell'illecito: "*altro è disporre la cessazione dell'abuso dell'immagi-*

D'altro lato, però, questo entrerebbe in netto contrasto con quanto comunemente affermato circa la sua natura di *misura preventiva*.

La contraddizione pare risolvibile prendendo atto che la inibizione interviene nel mezzo di una situazione di conflitto tra interessi permanenti⁹¹, pertanto assumerà contemporaneamente entrambe le sembianze a seconda del punto di vista da cui la si osserva; essa impone al convenuto di "rientrare nei ranghi" del lecito, ma allo stesso tempo assicura (o tende ad assicurare) che il rispetto dell'ordine riacquisito permanga nel tempo.

Dal primo punto di vista, può essere accostata – soprattutto da coloro che manifestano scetticismo all'idea di una inibitoria genuinamente preventiva, ossia anteriore alla stessa manifestazione del conflitto - ad una forma di "riparazione", per quanto peculiare.⁹²

Dei due aspetti considerati, però, è il secondo ad essere distintivo di questa tutela e merita quindi un'attenzione prevalente: esso descrive il suo scopo pratico essenziale, efficacemente colto da chi ne ha rimarcato il "*dato minimo*" sicuro, consistente nella funzione di "*fornire un titolo per l'attuazione di misure coercitive in caso di successiva commissione dell'illecito da parte del destinatario della condanna*"⁹³.

ne altrui (art. 10 c.c.), delle turbative o molestie ex art. 949 c.c., degli atti di concorrenza sleale (art. 2599 c.c.) ed altro, per ciascuna ipotesi, il risarcimento del danno, previsto non per sostituire, ad esempio, la cessazione dell'abuso dell'immagine o degli atti di concorrenza sleale".

⁹¹ GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu-Messineo, Milano, Giuffrè, 1995, p. 920.

⁹² A tal proposito, come si vedrà meglio in seguito, non sono mancate, sia in dottrina che in giurisprudenza, prese di posizione che hanno ricondotto tale forma di tutela nell'alveo della responsabilità civile, facendo leva su una interpretazione evolutiva dell'art. 2058 c.c., il che ne renderebbe l'immagine non solo di semplice misura successiva, ma di vera e propria sanzione riparatoria.

⁹³ LIBERTINI, *Nuove riflessioni*, cit., p. 390. Contrario sembra invece CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, Milano, Giuffrè 1991, p. 86, il quale – forse per la ragione indicata nel testo – ritiene che la forza dell'inibitoria si limiti ad uno stimolo all'adempimento spontaneo.

Questa constatazione – che all’epoca in cui fu fatta doveva scontare “*la maggiore anomalia dell’ordinamento italiano*” sul piano comparatistico⁹⁴, visto che un apparato generale di misure coercitive è presente nella legge italiana solo a partire dal 2009 – sembra sufficiente per pensare che, tra le varie categorie di sanzione, e pur con un certo grado di approssimazione, la più adatta a ricomprenderla sia quella nota come “*intimidazione*”⁹⁵.

Potrà apparire, questa, come una scelta singolare, ma del resto i caratteri dell’inibitoria che sono appena stati tratteggiati collimano con quelli propri della intimidazione: essa consiste in un comando, presenta l’elemento della minaccia (poiché ogni sua violazione darà luogo ad un inadempimento, con le relative conseguenze) e, soprattutto, mira a indirizzare la condotta per l’avvenire, ma non con la stessa modalità delle altre tutele; anche la condanna a risarcire il danno, ad esempio, guarda in un certo senso al futuro poiché impone al destinatario una condotta da tenere, ma una volta che il pagamento in favore del danneggiato sia avvenuto, l’interesse di quest’ultimo sarà soddisfatto e la vicenda conclusa.

Nell’inibitoria, invece, la vicenda non si esaurisce *uno actu*: una volta stabilito che una certa condotta deve essere evitata, la minaccia permane nel tempo.

Ciò appurato, si conclude sul punto con due notazioni.

La prima: se si condivide l’assunto secondo cui “*non c’è dubbio che quando si parla di scoraggiamento nell’ordinamento giuridico ci si riferisce quasi esclusivamente alla intimidazione*”⁹⁶ e se, allo stesso tempo, si condivide l’inclusione dell’inibitoria in questa categoria di sanzioni, allora se

⁹⁴ LIBERTINI, loc. ult. cit.

⁹⁵ BOBBIO, op. cit., p. 536.

⁹⁶ BOBBIO, op. cit., p. 532-533.

ne può trarre un possibile, valido argomento per sostenere l'essenzialità della tutela inibitoria all'interno dell'ordinamento.

Essa, infatti, va ben oltre la dissuasione o la deterrenza: è strumento di conservazione dell'ordine giuridico, di prevenzione specifica contro l'illecito, ma senza scadere immediatamente nella punizione.

La seconda: giusto come precisazione di metodo, il termine "sanzione" verrà qui utilizzato sicuramente per indicare la cd. "inibitoria definitiva", ossia il provvedimento a contenuto inibitorio pronunciato al termine di un giudizio destinato ad acquisire efficacia di giudicato; non si parlerà invece di sanzione – preferendole altri termini, come ad esempio "misura" - con riferimento all'altra parte della fenomenologia della tutela inibitoria, nota come "inibitoria provvisoria", con cui invece si designa, essenzialmente, una misura cautelare.

Questa, infatti, condivide sì con la prima una finalità conservativa, ma diverso ne è l'oggetto: la cautela, infatti, non mira direttamente a riaffermare l'ordine giuridico violato, bensì ad assicurarne l'effettiva e concreta realizzazione a fronte delle inevitabili more dell'attività giurisdizionale.

2. L'affermata funzione di prevenzione.

Si è già accennato al ruolo di misura preventiva svolto dalla inibitoria nel sistema delle sanzioni, il che può assumersi come dato pressoché pacifico nella letteratura giuridica: lo si nota a partire dalle trattazioni generali, e in particolare dalle voci enciclopediche che per prime sono chiamate a rendere una presentazione degli istituti, dalle quali

emerge un quadro di appagante convergenza circa la funzione di tutela “preventiva” che la caratterizza⁹⁷.

“Prevenire è meglio che curare” rappresenta il principio non tanto giuridico, ma ancor prima di buon senso che la giustificerebbe⁹⁸.

Lo scopo essenziale del provvedimento inibitorio è infatti quello di impedire la continuazione o la ripetizione di un’attività illecita e questo può essere assunto come un punto sicuro ed acquisito, nei confronti del quale dottrina e giurisprudenza, salve isolate eccezioni che si vedranno, non avanzano dubbi di sorta.

Appena la ricerca si approfondisce, emerge però una complicazione che, per quanto possa risolversi semplicemente in un problema di stipulazioni linguistiche o di punti di vista, ogni volta che le soluzioni offerte al caso concreto, al di là dei *nomina iuris* adottati, poi convergono, può tuttavia esser fonte di gravi fraintendimenti sul piano concettuale: essa consiste nel problema dell’oggetto della *prevenzione* cui l’inibitoria è deputata (avendo cura di precisare che altro aspetto, per quanto inscindibilmente connesso, è quello dell’oggetto della *tutela*, ossia il tipo di situazione cui giova questo tipo di protezione giuridica).

Possono essere isolate, fondamentalmente, due opposte concezioni, che riflettono altrettante, diverse impostazioni di fondo sul significato da attribuire all’illecito civile: una che individua l’oggetto della

⁹⁷ Si vedano, *ex multis*, FRIGNANI, voce “Inibitoria (azione)”, in *Enc. dir.*, cit., § 8; ID, voce “Inibitoria (azione) – Diritto comparato e straniero”, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, p. 1 ss.; ID, voce “Azione in cessazione”, in *Nov. Dig. it.*, Torino, UTET, App. 1980, p. 664 ss.; RAPISARDA, voce “Inibitoria”, in *Dig. disc. priv.*, vol. IX, Torino, UTET, 1993, p. 475 ss.; RAPISARDA-TARUFFO, voce “Inibitoria (azione) – Diritto processuale civile”, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, p. 1 ss.; DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, 4a ed., Milano, Giuffré, 2003, p. 144 ss.

⁹⁸ TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, 19a ed., Milano, Giuffré, 2011, p. 149; ID, voce “Illecito”, cit., § 21.

prevenzione nell'illecito stesso, l'altra che invece lo individua nel danno⁹⁹.

Più frequentemente l'inibitoria viene associata al primo dei due significati: si tratterebbe cioè di un'azione che punta alla cessazione di un'attività illecita, salvo poi doversi distinguere, all'interno di questa corrente di pensiero, tra coloro che ne limitano l'ambito applicativo alla sola *continuazione* dell'illecito – presupponendo così che esso abbia già avuto modo di manifestarsi – e coloro che invece la estendono anche alle situazioni di semplice *minaccia*, ossia quando l'illecito vero e proprio, la condotta ritenuta in contrasto con la norma, non sia ancora stata posta in essere e vi sia solo un timore che ciò accada.

Per la prima variante, che può dirsi in linea col pensiero tradizionale, occorre quindi una manifestazione effettiva e completa della condotta vietata, affinché possa procedersi ad una qualificazione in termini di illiceità del *fatto* (anche se, come viene spesso precisato, è più corretto parlare di *atto*)¹⁰⁰; a meno che, quindi, la minaccia o il timore non rilevino *ex se*, in virtù di una previsione particolare che conferisca loro un chiaro segno di rilevanza – si possono già citare, come esempi chiave in tal senso, gli artt. 1171 e 1172 c.c., ovvero l'art. 156 della Legge sul diritto d'autore – , l'aggressione portata alla sfera giuridica altrui deve essere già in atto affinché via sia l'elemento necessario ai fini di una pronuncia inibitoria¹⁰¹.

⁹⁹ Il punto è messo bene in risalto da PERLINGIERI, *Conclusioni*, in *Azione inibitoria e interessi tutelati*, cit., p. 97, e da FRIGNANI, voce "Inibitoria (azione) – Diritto comparato e straniero", in *Enc. giur Treccani*, cit., p. 3.

¹⁰⁰ La scelta del legislatore del '42 – resa esplicita nella stessa Relazione al Codice – di riservare la parola "atto" ai negozi giuridici è oggetto di costanti puntualizzazioni critiche da parte della dottrina; da ultimo, cfr. BUSNELLI, *Atto e illecito e contratto illecito: quale connessione?*, cit., p. 875 ss.

¹⁰¹ Accolgono questa prospettiva BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, *Diritto civile, 3, Obbligazioni e contratti*, Torino, UTET, p. 787-788, quando af-

L'utilità della tutela inibitoria si misura, seguendo questo criterio applicativo, nella prevenzione dei pregiudizi ulteriori che il soggetto leso potrebbe ancora soffrire: fintantoché la condotta illecita possa dirsi attuale, non vi è infatti dubbio alcuno che egli possa chiedere e ottenere la inibizione, almeno fin quando il suo interesse (formalizzato nella situazione giuridica azionata) non sia completamente esaurito; in questo caso, infatti, è altrettanto ovvio che egli non può che accontentarsi del risarcimento del danno consistente nella definitiva ed irreversibile perdita del diritto.

Emerge chiaramente, da questo aspetto, il dato più sicuro – se non forse l'unico veramente caratterizzante – della tutela inibitoria, che merita di essere sempre sottolineato e ribadito, ossia la permanenza, anche potenziale, del conflitto tra soggetto agente e soggetto leso: il concetto è perfettamente sintetizzato da chi rileva, per un verso, che *“la tutela inibitoria è pensabile solo a protezione di interessi permanenti”* e, per altro verso, che *“è necessario che la occasione dannosa sia caratterizzata da una attività di natura continuativa o da una pluralità di atti suscettibili di ripetizione”*, tenuto conto del fatto che *“la lesione improvvisa e subitanea è morfologicamente esclusa dal raggio di applicazione della tutela inibitoria”*, ricadendo evidentemente nell'area della responsabilità risarcitoria¹⁰².

L'altra variante raccoglie invece il consenso di quegli interpreti che non si sono accontentati di questo risultato, avendolo ritenuto ca-

fermano, condivisibilmente, che *“non sembra, invece, presupposto sufficiente il semplice pericolo di un fatto illecito futuro; se così fosse, l'inibitoria rischierebbe di divenire uno strumento di interferenza arbitraria nella sfera delle attività lecite, prestandosi a intollerabili sopraffazioni”*. L'opinione è poi ribadita da GIARDINA nella successiva edizione del manuale: AA.VV., *Diritto privato*, cit., p. 119-120. Cfr. anche CANNADA BARTOLI, voce *“Illecito (dir. amm.)”*, cit., § 7, quando menziona alcune delle inibitorie codicistiche come tipici esempi di *“repressione”* dell'illecito.

¹⁰² I passi citati appartengono a GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Tratt. dir. civ.* Cicu-Messineo, Milano, Giuffré, 1995, p. 920.

rente sul piano pratico: si è sostenuto e si sostiene infatti che, se di vera tutela preventiva si deve parlare, non si può limitarne l'attivazione al solo momento in cui l'attività illecita sia concretamente avviata, poiché ciò presupporrebbe che l'aggressione al bene abbia già avuto inizio e, dunque, si stiano attualmente producendo quegli effetti pregiudizievoli che proprio la tutela inibitoria sarebbe incaricata di scongiurare¹⁰³.

Questa seconda tesi si pone in consonanza con l'altra corrente di pensiero di cui s'è fatto menzione, ossia quella che mira ad estendere l'ambito di operatività dell'inibitoria facendo leva sul *danno*: si contesta infatti alla dottrina tradizionale una eccessiva prudenza, data dal fatto che l'inibitoria, legata all'illecito, finirebbe sostanzialmente per rimanere una forma di tutela *repressiva*, in quanto presupporrebbe sempre l'avvenuta lesione del diritto, ed avrebbe allora ben scarso valore munire un diritto – specie se rientrante nella categoria dei diritti fondamentali della persona, per i quali l'esigenza di protezione è ancora più marcata – di una tutela invocabile solo a violazione consumata; l'intervento della legge, in quei casi, finirebbe per essere parziale, incompleto, inefficace, ragion per cui si è pervenuti alla conclusione che “*presupposto dell'inibitoria non è l'illecito, che può anche mancare, ma il danno, cioè la lesione dell'interesse che è violato anche se è soltanto messo in pericolo*”¹⁰⁴.

L'autentica realizzazione, il pieno dispiegamento delle potenzialità operative della tutela inibitoria si otterrebbe, pertanto, solo spezzando il suo nesso con le sorti dell'illiceità e rivalutando invece l'elemento del danno, ma con una ovvia e doverosa precisazione (rinvenibile, del resto, anche nel passo sopra citato): per ottenere

¹⁰³ RAPISARDA, *Profili della tutela civile inibitoria*, cit., p. 94 ss. Analoga apertura in BELLELLI, *L'inibitoria come strumento generale di tutela contro l'illecito*, cit., p. 615;

¹⁰⁴ PERLINGIERI, *Conclusioni*, in AA.VV., *Azione inibitoria e interessi tutelati*, cit., p. 97. Cfr. anche FRIGNANI, voce “*Inibitoria (azione) - II) Diritto comparato e straniero*”, in *Enc. giur. Treccani*, cit., p. 3.

l'interdizione di un'attività, non occorrerebbe che il danno fosse già prodotto - se non altro poiché non si vedrebbe quale guadagno applicativo si otterrebbe rispetto alla tesi criticata, che quantomeno ha il pregio di affermare, secondo l'insegnamento comune, l'irrilevanza di questo requisito - , ma al contrario sarebbe sufficiente un suo mero "pericolo".

Rinviando ai successivi paragrafi per le questioni terminologiche che si pongono già ad una prima rappresentazione di questo quadro dottrinale (cosa si intende per illecito? cosa invece per danno?), occorre adesso soffermarsi sul problema enucleato che è, probabilmente, uno dei più delicati della tutela inibitoria; come puntualmente si rileva in occasione dello studio del diritto di proprietà, ma esprimendo un ammonimento che in realtà ha validità generale, *"ciò che è dubbio e problematico è invero solo la estensione della tutela inibitoria della proprietà contro le situazioni di mero pericolo"*¹⁰⁵.

La medesima preoccupazione del resto, coinvolge chi, contestando apertamente la dottrina che più fortemente si è adoperata per sostenere il principio di una tutela preventiva generalizzata, ha paventato il rischio di *"introdurre nel novero delle azioni civili il puro e semplice processo alle intenzioni"*¹⁰⁶.

Le motivazioni contrapposte non sono limitate ad aspetti tecnico-definitivi, ma esprimono più nel profondo scelte di valore, dove da una parte preme l'esigenza di massima protezione dei diritti, specie in riguardo dei diritti inviolabili della persona, dall'altra un'esigenza altrettanto meritevole di considerazione quale la salvaguardia di uno spazio di autonomia e libertà.

¹⁰⁵ GAMBARO, op. cit., pag. 923.

¹⁰⁶ Così si esprime MONTELEONE, nella sua recensione fortemente critica verso la più volte citata monografia della RAPISARDA (*Profili della tutela civile inibitoria*, cit.), in *Riv. dir. civ.*, 1988, p. 419.

In linea di principio, come si è anticipato, si ritiene qui preferibile dar credito all'orientamento di maggiore prudenza, che trova peraltro conferma anche nella più recente giurisprudenza di legittimità.

In Cass., sez. II, 30 agosto 2013, n. 19992 (riguardante una controversia in materia di servitù)¹⁰⁷ i Giudici, dopo aver premesso che *“condizione di esauribilità dell'azione inibitoria è un comportamento illecito come atto contra jus, cioè come condotta realizzata in violazione di un obbligo giuridico, di cui si tema la continuazione o la ripetizione in futuro”*, si soffermano sull'orientamento che favorevole all'ammissibilità dell'inibitoria preventiva, concludendo tuttavia che *“quest'interpretazione estensiva non sembra avvalorata dalle norme che disciplinano i casi di inibitoria, le quali prevedono il diritto dell'attore di agire per ottenere la cessazione di molestie e turbative già verificatesi”*.

Prendendo poi atto che *“anche nei casi in cui la legge in via eccezionale prevede l'esasperabilità dell'azione inibitoria anche antecedentemente alla stessa realizzazione dell'illecito, [...] è necessaria la sussistenza di un timore ragionevole di un futuro illecito”*, gli stessi giudici pervengono a quello che appare come l'argomento decisivo per la soluzione prescelta, ossia il fatto che l'inibitoria *“si concretizza in un ordine di cessazione di una condotta illecita, la quale deve essere determinabile in base a degli elementi di fatto”*; ciò spiega il perché, per ottenere una tutela *“genuinamente”* preventiva, si debba *“accertare la presenza di atti preparatori, rivolti in maniera univoca al compimento di un'azione contraria al divieto imposto dalla legge”*.

Questi passi della sentenza sintetizzano nel modo più efficace la linea di pensiero che sembra più opportuno seguire, tenendo conto dei reciproci interessi che si contrappongono nel giudizio inibitorio; ovviamente, però, occorre prendere atto che non sempre la soluzione può

¹⁰⁷ In *Banche dati Dejure*.

essere così semplificata, e sia anzi necessario procedere secondo un approccio più articolato¹⁰⁸.

Quanto si è detto vale - come si è avuto cura di premettere - *in linea di principio*; l'esempio che si è qui riportato è significativo perché rappresenta una esplicita presa di posizione del massimo organo giurisdizionale sul tema della tutela preventiva, che oltretutto, nel tono utilizzato, sembra esser stata considerata dai giudici in termini anche più generali rispetto alla materia specificamente trattata.

Quest'ultima, peraltro, atteneva al diritto delle servitù, ossia ad una branca del diritto privato che offre sì uno dei modelli più rodati di tutela inibitoria, ma che si iscrive anche in un settore - quello della proprietà immobiliare - caratterizzato da rapporti tendenzialmente statici e prevalentemente caratterizzati dalla patrimonialità degli interessi sottesi.

Oggi, invece, come si è avuto modo di vedere, le inibitorie coprono un numero amplissimo di settori del diritto privato, alcuni dei quali caratterizzati da un dinamismo nemmeno paragonabile a quello dell'esempio sopra riportato.

Basti riportare, quale differente esempio, la testimonianza proveniente dal settore della pubblicità commerciale: in un saggio recente, in cui si riconosce all'inibitoria il valore di "*sanzione elettiva*" contro le forme illecite di pubblicità, si sottolinea come i tempi della giustizia, confrontati con quelli delle attività afferenti a tale settore, rendano di fatto inutile non già il processo ordinario - addirittura impensabile -

¹⁰⁸ Cfr. esemplarmente DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., p. 145, il quale rileva come l'ordinamento civile in materia di tutela preventiva sia orientato "*verso una valutazione che si potrebbe definire di costi e benefici*", ove il costo sarebbe ovviamente rappresentato dal sacrificio della libertà di iniziativa. In linea generale, l'Autore prende atto di che il sistema di tutela civile è tradizionalmente orientato alla repressione/riparazione più che alla prevenzione, ma anche che "*si tratta tuttavia di una linea di tendenza*".

ma anche lo stesso procedimento cautelare, che pur tende a protrarsi solo pochi mesi¹⁰⁹.

Ragioni, queste, che spiegherebbero il successo dell'attività svolta dal Giurì di autodisciplina pubblicitaria, il quale, se pure non amministra una tutela realmente "preventiva" – che dovrebbe perciò manifestarsi prima ancora che il messaggio pubblicitario venga diffuso –, è tuttavia in grado di apprestare una reazione estremamente sollecita.

Si comprende allora, da questo confronto, come vi siano aspetti ulteriori da prendere in considerazione circa i limiti della tutela preventiva.

a) La prima osservazione, di cui s'è già fatto cenno, è che le soluzioni prescelte dal legislatore non sono sempre collimanti.

Possiamo dire, all'esito della ricerca svolta nel primo capitolo, che la stragrande maggioranza delle fattispecie richiede una condotta *pregiudizievole*, il che sembra un indice normativo sufficientemente univoco per presupporre un illecito in atto; solo in casi particolari – esemplarmente, il più volte richiamato art. 156 Legge dir. aut. – si ritiene sufficiente il mero timore, il che potrebbe essere interpretato a propria volta come il segno che l'ordinamento è favorevole ad una anticipazione della tutela¹¹⁰.

Si tratta però – come ricorda la Cassazione, sopra citata – di indici "eccezionali", isolati che non paiono sufficienti a giustificare quello

¹⁰⁹ DI CATALDO, *L'esperienza italiana dell'autodisciplina pubblicitaria*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, p. 36 ss.

¹¹⁰ Cfr. tuttavia, con riguardo al *pericolo* di illecito, le perplessità manifestate dal classico COMPORTI, *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*, Napoli, Morano, 1965, p. 208, circa generale ammissibilità di una tutela preventiva, "che non sembra possa ritenersi esistente nel nostro ordinamento".

che invece, secondo parte della dottrina, dovrebbe essere il principio generale in materia¹¹¹.

b) La seconda osservazione è che, anche volendo aderire ad una tesi più permissiva ed ammettendo perciò l'azione preventiva pura, ossia fondata sul mero timore, non si possa comunque fare a meno di apprestare una serie di presidi idonei a scongiurare quello che la dottrina sopra richiamata ha definito come il rischio di un "processo alle intenzioni".

A tal proposito, si può evocare l'orientamento che ha ritenuto ammissibile l'inibitoria anche contro il "*tentativo*" di illecito, ove si configurassero atti preparatori univocamente destinati a sfociare in tale situazione, aggiungendo peraltro che esso sarebbe già stato "*in grado di creare quel perturbamento concorrenziale che l'inibitoria tende a reprimere*"¹¹².

Tale affermazione potrebbe essere contestata come un'apertura indiscriminata all'anticipazione della tutela, ma può anche interpretarsi più semplicemente – mantenendo sempre la prudenza qui auspicata – come la possibilità di agire immediatamente in quei casi in cui non vi sia mera *possibilità*, bensì una *probabilità* quasi prossima alla *certezza* che l'illecito avrà a consumarsi (di solito si parla di *non equivocità*)¹¹³; se que-

¹¹¹ *Contra* RAPISARDA, *Profili della tutela civile inibitoria*, cit., p.94 ss.

¹¹² LIBERTINI, *Azioni e sanzioni nella disciplina della concorrenza sleale*, cit., p. 245.

¹¹³ In questo campo, indicazioni utili per la formulazione di validi criteri di giudizio provengono più dal diritto penale che da quello civile: si vedano, ad esempio, Cass. pen., sez. II, 5 novembre 2010, n. 41649; Cass. pen., sez. I, 15 gennaio 2010, n. 19511; Cass. pen., sez. V, 24 settembre 2009, n. 43255; Cass. pen., sez. VI, 20 maggio 2008, Portoghese. In queste sentenze l'atto preparatorio che integra reato è considerato quello "*idoneo e diretto in modo non equivoco alla consumazione di un reato, ossia qualora abbia la capacità, sulla base di una valutazione ex ante e in relazione alle circostanze del caso, di raggiungere il risultato prefisso e a tale risultato sia univocamente diretto*", ovvero quello caratterizzato da "*adeguatezza causale nella sequenza operativa che conduce alla consumazione del delitto e l'attitudine a creare una situazione di pericolo attuale e concreto di lesione del bene protetto, dimostrando contemporaneamente, per la loro essenza ed il contesto nel quale s'inseriscono, l'intenzione dell'agente di commettere il delitto*" (le massime sono tratte da

sto è il modo di intendere il tentativo, allora non sembra vi siano difficoltà ad accogliere tale apertura, rispettosa del resto del classico ed autorevole insegnamento che invita, in questi casi dubbi, a procedere “*con la cautela necessaria ad evitare che il mero sospetto possa condurre ad intollerabili interferenze nella sfera della libertà personale e delle attività lecite*”¹¹⁴.

È infine evidente che, in questi stessi casi, il problema si porrà più sul piano del fatto che su quello del diritto, investendo la parte interessata di un onere di allegazione particolarmente severo e imponendo al giudice un uso prudente delle presunzioni.

c) La terza osservazione è che la tanto auspicata tutela preventiva non è detto che sia efficacemente realizzata valendosi dell’inibitoria: in altri termini, l’inibitoria, per quanto sia configurata come una azione preventiva, non è l’ *unico* strumento preventivo conosciuto e, soprattutto nei settori in cui la rapidità di reazione è essenziale, non è probabilmente nemmeno il più adatto allo scopo.

L’inibitoria definitiva, in specie, è statuita all’esito di un processo che, secondo le regole ordinarie, richiede un accertamento; ma i tempi dell’accertamento sono notoriamente molto (se non troppo, a seconda della posta in gioco) lunghi.

Può soccorrere, allo scopo, la tutela cautelare, la cui funzione precipua è quella di contribuire a neutralizzare i rischi di una infruttuosità del processo per via del tempo occorrente a celebrarlo, e su questo

Banche dati Foro it.). Cfr. però sul versante civilistico Trib. Napoli, ord. 30 aprile 2004, in *Foro it.*, 2005, I, c. 267: nel corso di un procedimento cautelare per violazione di privative industriali, perpetrate a mezzo di un sito internet con cui si commercializzavano i prodotti del ricorrente senza la sua autorizzazione, il giudice – seppure in *obiter dictum* – ha ad affermare che “[...] ai fini della illiceità sarebbe stata sufficiente la semplice attivazione del sito, quale atto preparatorio, primo segmento della catena del «commercio elettronico» qui in discussione”.

¹¹⁴ TRIMARCHI, voce “*Illecito (dir. priv.)*”, cit., § 21. Cfr. altresì PIETROBON, *Illecito e fatto illecito, inibitoria e risarcimento*, cit., p. 146, con riguardo alla cd. inibitoria “*quia timet*”

punto la sterminata prassi giurisprudenziale formatasi sull'art. 700 c.p.c. sembra dare conferma di tale tendenza, specie con riguardo ai provvedimenti inibitori; anche in questo caso, però, vale l'obiezione che si tratta pur sempre di una tutela che, per quanto consenta all'interessato di ottenere una immediata soddisfazione della pretesa, mantiene comunque una natura strumentale – e quindi provvisoria – rispetto a quella definitiva¹¹⁵.

Esistono poi altri strumenti preventivi capaci di offrire una tutela a colui che versi in una situazione di timore di una violazione prossima a verificarsi: si pensi – per citare due esempi ricadenti in discipline assai diverse, ma di particolare rilievo economico e sociale – alla descrizione di cui all'art. 129 del Codice della proprietà industriale¹¹⁶, o ancor di più al diritto di accesso di cui all'art. 7 del Codice della *privacy*, che garantisce all'interessato un controllo sui dati che lo riguardano¹¹⁷.

3. Problemi concettuali: premessa.

La sintesi svolta nel paragrafo che precede, che peraltro attiene solo ad un aspetto – “cosa prevenire” – della tutela inibitoria, è, nella sua estrema brevità e parzialità, già in grado di evidenziare che negli orientamenti della dottrina non solo (e non tanto) si manifestano diver-

¹¹⁵ Cfr. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile, I, Le tutele: di merito, sommarie, ed esecutive*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 293 ss.; RAPISARDA, *Profili della tutela civile inibitoria*, cit., p. 117 ss.; PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, Milano, Giuffré, 2004, p. 49 ss.

¹¹⁶ Cfr. AA.VV., *Commento sub art. 129*, in *Codice della proprietà industriale*, Milano, Giuffré, 2013, p. 1343 ss.; BACCHINI, *La descrizione secondo il nuovo art. 129 c.p.i.*, in *Il dir. ind.*, 2010, p. 505.

¹¹⁷ Sul diritto di accesso, v. BARGELLI, *Art. 7*, in *La protezione dei dati personali – Commentario al D. Lgs. 30 giugno 2003, n. 196 («Codice della privacy»)*, a cura di C.M. Bianca e F.D. Busnelli, CEDAM, Padova, 2007, tomo I, p. 130 ss.

genze in punto di estensione applicativa della inibitoria, il che non stupirebbe, essendo il coerente sviluppo di differenti costruzioni teoriche, e rispecchierebbe anche, in ultima analisi, la diversità di concezioni maturate dai vari studiosi circa il grado di interventismo delle istituzioni nelle attività umane; ciò che invece si percepisce più nel profondo è la persistente (e sorprendente) mancanza di accordo su alcune nozioni di base, come “danno”, “illecito” o “antigiuridicità”, il cui uso promiscuo per esprimere significati via via differenti è tale da rendere quasi necessario, per il lettore che si accinga allo studio dei vari contributi in materia, far precedere ciascuno di essi da una apposita e personalizzata premessa definitoria.

Questa situazione certamente non ha giovato e non giova tuttora alla comprensione della materia; per questa ragione si cercherà ora di passare in rassegna i momenti essenziali di questo sviluppo, cercando di coglierne le indicazioni più utili per l’elaborazione di una teoria sufficientemente affidante.

4. Illecito civile e violazione della norma.

Le definizioni più comuni di illecito che la tradizione ci consegna sono quelle - distinte solo nominalmente e perciò equivalenti nella sostanza - di atto che trasgredisce una regola, di atto contrario ad un divieto (ovvero “*in violazione di un comando o di un divieto*”), o ancora di atto che infrange un obbligo¹¹⁸.

¹¹⁸ La citazione è tratta da TRIMARCHI, voce “*Illecito*”, cit., § 1. Per le altre nozioni, cfr. SCOGNAMIGLIO, voce “*Illecito*”, cit., p. 293 ss.; BONASI BENUCCI, *Atto illecito e concorrenza sleale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, p. 566 (il quale peraltro arricchisce la nozione introducendovi anche l’elemento della violazione dell’interesse altrui); SCADUTO-RUBINO, voce “*Illecito (Atto) (diritto moderno)*”, in *Nuovo Dig. it.*, To-

Esse rispecchiano bene l'uso comune, più diffuso e semplice da gestire, della parola "illecito", che rinvia essenzialmente ad una situazione di contrasto con la norma (o con l'ordinamento giuridico in genere, se si preferisce).

Calate nell'ottica della tutela inibitoria, trovano un valido riscontro, ad esempio, nell'idea che *"la esigenza di ammettere la possibilità di un'azione inibitoria a difesa di ogni diritto soggettivo [...] deriva dallo stesso concetto di norma giuridica, che postula una sanzione altrettanto estesa quanto il precetto"*¹¹⁹: affermazione, questa, fatta quasi incidentalmente nel corso di una trattazione di ambito specifico – per la precisione, di diritto industriale – ma comunque in grado di manifestare il pensiero dominante nella dottrina dell'epoca, che tendeva ad instaurare una sorta di perfetta circolarità tra i concetti di norma, di diritto soggettivo e di illecito¹²⁰.

È significativo, del resto, che proprio la dottrina appena citata abbia guadagnato la considerazione di una parte della giurisprudenza, che vi ha intravisto una delle possibili – anche se non condivisibili – spiegazioni dell'estensione applicativa della tutela inibitoria oltre i casi menzionati espressamente dalla legge¹²¹; posta in una prospettiva di più ampio respiro, una ricostruzione del tipo appena richiamato pre-

rino, UTET, XVI, 1938, p. 702 ss. Cfr. tuttavia ALBANESE, voce *"Illecito (storia)"*, cit., § 1, il quale percepisce una difficoltà di fondo delle varie dottrine nell'esprimere una nozione soddisfacente di illiceità, specie quando essa venga posta in relazione con l'antigiuridicità. Nel quadro delle teorie sull'illecito, si tenga poi presente anche la definizione opposta di Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 2000 (rist.; ed. orig. 1952, trad. di *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Wien, Verlag, 1934), p. 67, il quale, fedele alla sua concezione, vede nell'illecito non una negazione del diritto (ché questa sarebbe solo valutazione politico-giuridica), ma al contrario la *"condizione specifica del diritto"*.

¹¹⁹ ROTONDI, *Diritto industriale*, Padova, CEDAM, 1965, p. 519.

¹²⁰ Chiarissimi in questo senso SCADUTO-RUBINO, op. cit., p. 703.

¹²¹ Cfr. Cass., sez. I, 25 luglio 1986, n. 4755, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1987, P. 386 ss., con nota di LIBERTINI (v. in part. p. 390-391).

senta infatti un indubbio pregio, che è quello di tentar di elevare la giustificazione tutela inibitoria fino ad un piano che potremmo definire apicale del sistema, visto che finisce per far coincidere la ragione della sua ammissibilità nella stessa giuridicità dell'ordinamento.

Allo stesso tempo, però, essa rimane legata ad una rappresentazione piuttosto generica del fenomeno, lasciando l'impressione di non riuscire a cogliere fedelmente la complessità del giudizio attraverso cui si perviene alla qualificazione di illiceità del fatto, se non altro perché - come risulta con una certa evidenza dal costante rinvio a "comandi" e "divieti" - le nozioni che ne stanno alla base sono ancora assestate su una concezione imperativistica del diritto, da molti ritenuta incapace di descrivere adeguatamente la realtà normativa e, pertanto, ormai superata¹²².

L'idea del contrasto con la norma, sopra segnalata, richiama poi un altro concetto di significato analogo, ossia quello di "antigiuridicità", talvolta sovrapposto a quello di illecito, talaltra invece tenuto da questo ben separato, per indicare una valutazione legale negativa di altro tipo (di solito puramente oggettiva, come accade nel diritto penale).

Questa via trova sviluppo nel momento di passaggio tra vecchio e nuovo Codice, sfociando in una sistemazione in cui l'illecito civile mantiene ancora la classica connotazione di "delitto", ma viene descritto prevalentemente facendo ricorso ad una categoria di "antigiuridicità" suscettibile di sdoppiarsi tra un significato soggettivo ed uno obiettivo¹²³.

¹²² Cfr. BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, *Diritto civile*, 1, cit., p. 15 ss., i quali, riprendendo un passo delle fonti romane - a cui evidentemente il concetto era già noto - rammentano che il diritto non si propone solo di *imperare* ovvero di *vetare*, ma conosce anche un'altra modalità per esprimersi: il *permettere*.

¹²³ SCADUTO-RUBINO, voce "*Illecito (Atto) (diritto moderno)*", cit., p. 703 ss.

L'illecito civile esprime evidentemente il primo dei due sensi, trattandosi di un atto umano volontario in cui la antigiuridicità diviene sinonimo di *colpa*; il secondo senso, quello obiettivo, è invece destinato a raccogliere tutte quelle ipotesi in cui si può prescindere perfino dall'atto umano (vi si ricomprendono infatti anche gli eventi naturali) ed in cui l'ordinamento reagisce "*apprestando comunque misure eguali e contrarie, per ripristinare l'equilibrio turbato dell'ordinamento stesso*"¹²⁴.

Ovviamente non si parla ancora di "inibitoria", che all'epoca non ha ancora raggiunto né un'autonomia concettuale, né una dimensione applicativa paragonabili a quelle contemporanee, tali perciò da farle guadagnare l'interesse della dottrina¹²⁵; ciononostante, la descrizione di tali misure, di natura essenzialmente reintegratoria/restitutoria, ben si attaglia anche ad essa.

In ogni caso, questa dottrina si distingue per elevare non solo a dato qualificante, ma anche esclusivo di ogni illecito la "*violazione della norma*", lasciando invece sullo sfondo l'elemento del diritto soggettivo, "*occasione dell'ordinamento giuridico*", la cui lesione costituisce solo riflesso della precedente¹²⁶.

Stesso punto di partenza – la violazione della norma, declinata però in maniera più circostanziata come violazione di un *divieto*, ovvero anche di un *comando* – contraddistingue gli sviluppi successivi, che possono essere validamente rappresentati da due autorevoli contributi en-

¹²⁴ SCADUTO-RUBINO, op. cit., p. 704.

¹²⁵ Si ricordi come, del resto, mancassero gli stessi referenti normativi nel Codice del 1865 o nelle leggi speciali; solo con la fine degli anni '30, e in particolare con il varo del nuovo Codice, la situazione cambia radicalmente a livello di fonti.

¹²⁶ SCADUTO-RUBINO, loc. ult. cit.

ciclopedici, pressoché coevi, che costituiscono ancora oggi un punto di riferimento della materia¹²⁷.

Essi costituiscono un notevole passo in avanti nella scienza civilistica, in particolare per la comprensione delle dinamiche della responsabilità civile, e possono dirsi accomunati da un sostanziale abbandono – più marcato nel sistema dello Scognamiglio – della categoria dell'antigiuridicità¹²⁸, ma per quel che concerne il tema che qui interessa, presentano una singolarità tale da condizionare pesantemente gli esiti successivi della riflessione dottrina e giurisprudenziale: essi, infatti, nonostante l'apparente convergenza nelle premesse dei rispettivi ragionamenti, finiscono per pervenire a due opposte concezioni di illecito civile, i cui effetti si riverberano direttamente sul piano della teoria della tutela inibitoria¹²⁹.

Profondamente distanti, del resto, sono le impostazioni di fondo che caratterizzano le due ricostruzioni.

L'una (Trimarchi) si presenta come una ricerca dichiaratamente sensibile sia alle peculiarità dei vari settori del diritto civile, che richiedono specifici criteri di governo dei rispettivi conflitti, sia all'esigenza di costruire un sistema idoneo a tenere il passo dei mutamenti socio-economici che inevitabilmente attraversano la comunità; coerentemente con questa premessa perviene ad una soluzione – che ad oggi può dirsi

¹²⁷ Ovviamente si tratta delle due voci a firma di SCOGNAMIGLIO e TRIMARCHI, comparse rispettivamente nel Novissimo Digesto italiano nel 1968 e nell'Enciclopedia del diritto nel 1970, già oggetto di numerosi richiami (ai quali si rinvia).

¹²⁸ TRIMARCHI, voce "*Illecito*", cit., *passim*, semplicemente non prende in considerazione la antigiuridicità nel suo studio; più radicale è invece la posizione di SCOGNAMIGLIO, voce "*Illecito*", cit., p. 294 ss., il quale critica il ricorso alla nozione di antigiuridicità nelle sue diverse accezioni, in quanto troppo generica e dunque incapace di cogliere le specificità dell'illecito civile.

¹²⁹ Cfr. BUSNELLI, *Atto illecito e contratto illecito*, cit., p. 881.

aver prevalso nettamente – informata alla atipicità delle figure di illecito civile e connotata da una notevole elasticità operativa.

Essa individua così nell'art. 2043 c.c. - ed in particolare nel suo elemento più significativo, e allo stesso tempo più complesso, che è il requisito dell'ingiustizia - il centro attorno al quale costruire il concetto di illecito; la violazione della norma, che caratterizzava le rassicuranti costruzioni del passato, quasi creando dei perfetti automatismi, e che viene accolta anche da questa stessa teoria come base nozionistica essenziale dell'istituto, finisce inevitabilmente per sfumare lasciando il posto ad un giudizio articolato, che deve tener conto delle situazioni dei soggetti in conflitto ed il cui esito è rimesso ad una valutazione da svolgere alla luce di criteri come quello della pubblica utilità¹³⁰.

Eretti in questo modo i muri portanti del sistema, si perviene così ad affermare la relazione diretta tra illecito ed inibitoria e, conseguentemente, la generalità di tale rimedio come strumento di difesa preventiva contro l'illecito: così come questo è atipico nelle sue concrete manifestazioni, anche quella, seguendo le sorti del primo, deve essere atipica nei suoi presupposti¹³¹.

In tutt'altra direzione si muove invece la ricostruzione dello Scognamiglio, caratterizzata invece da una impostazione che potremmo definire come "liberale" e garantista.

Come si è anticipato, anche questa dottrina concepisce l'illecito come violazione di un divieto, ma non si limita a tale, generica definizione, che rischia del resto di confondersi con quella di trasgressione al-

¹³⁰ TRIMARCHI, op. cit., § 13. Lo stesso Autore non manca del resto di riconoscere che *"la formula secondo la quale l'illecito civile consiste nella violazione di specifici doveri di condotta, protettivi di interessi altrui, è esatta, ma povera di contenuto"* (op. cit., § 9).

¹³¹ Anche questa conclusione può dirsi ad oggi prevalente in dottrina: se ne vedano esempi, pur con differenti impostazioni, in BELLELLI, *L'inibitoria come strumento generale di tutela contro l'illecito*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 615 ss. ed in ASTONE, *L'autonoma rilevanza dell'atto illecito*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 165 ss.

la regola: le fattispecie di illecito civile consisterebbero invece in “*specifici divieti, adeguatamente sanzionati, di commettere atti di aggressione contro l'altrui diritto*” e la sanzione “*adeguata sarebbe giustappunto costituita dalla inibitoria*”¹³².

La prospettiva in cui si muove lo Scognamiglio può dirsi pertanto rovesciata rispetto a quella precedentemente analizzata: l'illecito civile non viene determinato in via induttiva attraverso una comparazione di interessi in conflitto, come accade nelle applicazioni dell'art. 2043 c.c.; questa norma, così come tutto il sistema della responsabilità civile, rimane anzi al di fuori delle dinamiche proprie dell'illecito civile, che si muove su un piano diverso e solo incidentalmente collimante con essa.

L'illecito in senso proprio è qui caratterizzato, al contrario, da una stretta tipicità ed è proprio la sanzione dell'inibitoria che concorre a definirlo.

La tipicità, del resto, ha in questo disegno una sua profonda ragione d'essere, consistente (come si è già accennato *supra*, § 1) nella salvaguardia della libertà individuale; allo stesso tempo, però, non si trascura di percepire “*l'evoluzione della coscienza sociale ed il progredire della tecnica giuridica*”, caratterizzati da una sempre maggior diffusione di provvedimenti inibitori, corrispondenti ai “*nuovi compiti*” che il diritto privato è chiamato ad assolvere¹³³.

Quelle fin qui delineate rappresentano, in definitiva, le principali linee di tendenza del pensiero giuridico formatesi nel vigore del Codice del '42, i cui ulteriori sviluppi si sono sostanzialmente incanalati nel solco da esse tracciato, pur con le differenze e variazioni – anche piuttosto originali – che si vedranno più avanti.

¹³² SCOGNAMIGLIO, voce “*Illecito*”, cit., p. 302.

¹³³ SCOGNAMIGLIO, op. cit., p. 304.

Ovviamente, tale constatazione vale entro i limiti del tema in esame, ossia quello dei profili della teoria dell'illecito civile che si pongono in più stretta correlazione con la tutela inibitoria; ben altra portata assumerebbe il discorso se l'osservazione si allargasse al tema contiguo della responsabilità civile, la cui elaborazione teorica, che pure ha avuto frequenti passaggi nel campo qui trattato, ha raggiunto proporzioni ben maggiori.

Valga un solo cenno, in chiusura di questa breve rassegna, ad un dettaglio che sembra caratterizzare con una certa uniformità i movimenti della scienza civilistica formatasi attorno all'istituto dell'illecito civile: costante è il richiamo alla "norma" ed alla sua violazione, ma non sempre chiarito è il contenuto che essa viene ad assumere nei vari casi.

Come si è già notato, e lo si ribadisce anche qui, l'impressione che si ottiene è che la norma in questione sia ancora concepita come il "comando" delle dottrine imperativistiche, e dunque non possa che esprimersi nelle forme uniche dell'obbligo e del divieto.

La complessità che caratterizza il giudizio di illiceità, colta appieno nella teorizzazione di Trimarchi, si percepisce invece con maggior chiarezza ove si tenga conto che i legislatori contemporanei non fanno sempre ricorso alla tecnica normativa del comando/divieto; essi, al contrario, paiono indirizzati verso l'enunciazione di principi o il generico riconoscimento di interessi meritevoli, delegando poi al giudice la ricerca di un delicato bilanciamento tra valori contrapposti, che la rigida predeterminazione normativa non permetterebbe di svolgere.

5. Una prospettiva rovesciata: inibitoria senza illecito.

Tra i critici della tesi che vede nell'illecito il fondamento della reazione inibitoria è possibile annoverare anche quella corrente di pensiero che, rifacendosi alla dottrina tedesca, ed in particolare raccogliendo alcuni risultati da essa raggiunti nel campo del diritto penale, ha posto la distinzione tra atti illeciti in senso proprio, intesi come atti volontari compiuti in violazione di una norma e che danno luogo ad una "*lesione antigiuridica*", ed atti che invece provocano una "*lesione che non si ha il dovere di subire*"¹³⁴.

Il giudizio di riprovazione dell'ordinamento assumerebbe, nei due casi, una natura profondamente diversa: nel primo caso sarebbe diretto, poiché si rivolgerebbe contro una volontà cosciente che si è posta in aperto contrasto con la norma (che, è necessario precisare fin da subito, viene concepita dall'Autore come comando giuridico); nel secondo caso, invece, esso degraderebbe a presupposto della (unica) norma che concede all'agredito il potere di reazione, si risolverebbe in un mero "*fenomeno pregiuridico*" capace sì di spiegare la *ratio* della norma stessa, ma non di fondare un autonomo giudizio di antigiuridicità.

In altri termini, mentre nel primo caso avremmo la classica sequenza norma primaria (precetto) – norma secondaria (sanzione), nel secondo avremmo solo la norma primaria, che istituirebbe immediatamente la reazione.

Manifesto è l'intento dell'Autore di pervenire ad una nozione il più possibile precisa e delimitata di illecito e, lungo la via percorsa per giungere al risultato, fornire anche una rigorosa spiegazione di fenomeni che si richiamano ad una situazione di non conformità con le norme, ma che non possono essere confuse con situazioni definibili - usando un diverso linguaggio, probabilmente più diffuso - come "ille-

¹³⁴ CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza*, Padova, CEDAM, 1966, p. 117 ss.

citi *oggettivi*"; proprio la mancanza di una valutazione sulla condotta dell'autore del fatto, e in particolare sulla sua colpevolezza, impedirebbe di estendere tale qualifica ad atti che invece, per comune insegnamento, possono ben manifestarsi senza che si abbia a parlare di colpa dell'autore stesso.

Chiare tracce di questa idea, in realtà, avevano già percorso le pagine della nostra letteratura, in occasione di un importante contributo sull'atto illecito – già oggetto di menzione – che, utilizzando l'analogo linguaggio della antigiuridicità, aveva posto una distinzione tra *atti* (soggettivamente) antigiuridici, costituenti gli autentici *illeciti*, e *fatti* (obiettivamente) antigiuridici, categoria eterogenea comprendente situazioni o assetti materiali che non rispondevano agli assetti giuridici come risultanti dai rispettivi titoli (esempio classico portato da tanti autori è quello della situazione possessore nei confronti del proprietario)¹³⁵; qui, la partizione sembra dunque riproposta ed approfondita, specie sotto il profilo della tutela inibitoria.

In merito all'impostazione qui esaminata, tuttavia, c'è da svolgere una osservazione che potremmo definire di metodo.

È infatti per espressa ammissione, nonché per deliberata scelta dell'Autore in questione, che i risultati del suo studio sono condizionati in modo determinante dalla teoria della norma giuridica e che, in seno a questa teoria, la prospettiva assunta è decisamente quella imperativistica che vede nella norma giuridica necessariamente un "comando".

Ci si limiterà a ricordare come la prospettiva della norma-comando sia già stata oggetto di serrate e persuasive critiche¹³⁶, e che

¹³⁵ SCADUTO-RUBINO, op. cit., p. 704.

¹³⁶ HART, *Il concetto di diritto*, Torino, Einaudi, 2002 (rist. trad. ita. 1965; ed. orig.: *The concept of law*, Oxford University Press, London, 1961), p. 34 ss., in part. 48 ss. Nelle trattazioni di diritto civile, si rinvia ancora a BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, *Diritto civile*, 1, cit., p. 15 ss.

oggi appaia molto più rispondente alla realtà concepire il sistema delle norme giuridiche come fenomeno complesso, in cui convergono enunciati normativi che rispondono al modello del comando ma anche (e forse sono prevalenti) enunciati che si esprimono in termini attributivi di diritti ovvero, più in generale, di poteri e/o facoltà.

Il “contrasto con la norma”, pertanto, è oggi caratterizzato da un giudizio parimenti più complesso, poiché al giudice non è demandato il solo compito di verificare se il soggetto ha rispettato il comando imposto dalla legge, ma al contrario gli è affidato in misura sempre maggiore l’incarico, assai delicato, di compiere una valutazione delle condotte delle parti basandosi su fonti che si limitano a riconoscere determinati interessi come meritevoli di considerazione, senza però indicare, al contempo, un criterio o dei criteri generali per stabilire tale prevalenza¹³⁷.

Questa constatazione è, con grande probabilità, in grado di spiegare perché alla puntuale classificazione svolta dalla dottrina qui esaminata non sia poi seguito un analogo riscontro - quantomeno sul piano del linguaggio - in dottrina e, soprattutto, in giurisprudenza, visto che ad oggi, scorrendo la letteratura e i repertori, pare essersi mantenuto l’uso più comune dell’aggettivo e del sostantivo “illecito”, con il puro e semplice significato di “contrario al diritto”.

Una delle più forti obiezioni contro cui la teoria in esame va a scontrarsi è infatti la difficoltà di concepire un’area del “non lecito” di-

¹³⁷ Si pensi, molto semplicemente, al valore crescente assunto dalla Costituzione e dalle Carte dei diritti di matrice europea - basate, com’è noto, sull’enunciazione di diritti più che sull’imposizione di doveri, ancor più se questi doveri si intendano come obblighi di contenuto specifico - anche nella risoluzione di controversie civili. Che il giudizio di illiceità sia particolarmente complesso e rispondente oltretutto a criteri non omogenei, variabili a seconda del settore normativo di volta in volta preso in considerazione, dovrebbe comunque essere un dato acquisito alla nostra scienza giuridica: v. sul punto il classico TRIMARCHI, voce “*Illecito (dir. priv.)*”, cit., § 11.

stinta dall'illecito¹³⁸: questo è quanto del resto accade ogni volta che si cerchi di dare alla seconda nozione un significato più circoscritto.

Chi ha tentato questa via, come si è visto, ha anche con coerenza proposto una ricostruzione dell'illecito civile ispirata ad una stretta tipicità, provvedendo allo stesso tempo, però, a svincolare dall'illecito tutta l'area della responsabilità civile, riunita invece attorno al dato aggregante della funzione riparatoria del danno, priva come tale di necessari connotati di riprovazione di comportamenti umani (ché anzi, è osservazione ormai scontata quella che la responsabilità può discendere anche da situazioni in cui manca del tutto l'atto umano)¹³⁹.

Il problema maggiore che dalla teoria in rassegna scaturisce è così quello della esatta delimitazione dei confini della tutela inibitoria: una volta ristretta l'area dell'illecito in senso tecnico, non viene altresì esplicitato il criterio (che sia facilmente fruibile dal giudice, viene da aggiungere con spirito pragmatico) col quale governare tutta quell'area del *non-lecito* che rimane al di fuori dell'*illecito*; a meno che, ovviamente, non si sostenga che l'inibitoria possa aversi solo in presenza di quelle norme (primarie) che attribuiscono al soggetto il potere difensivo, riproponendo così, per altra via, la soluzione della tipicità.

Ed è proprio questa la conclusione – specie se confrontata con quella di altra fonte, che segue un'impostazione analoga¹⁴⁰ – a cui pare pressoché inevitabile pervenire.

¹³⁸ Formulata da ALBANESE, voce "*Illecito (storia)*", cit., § 1, nei confronti della teoria dello SCOGNAMIGLIO (più volte richiamata), essa pare tuttavia estensibile anche alla ricostruzione in esame.

¹³⁹ SCOGNAMIGLIO, voce "*Responsabilità civile*", in *Scritti giuridici*, cit., p. 332 ss.

¹⁴⁰ Cfr. SCADUTO-RUBINO, op. cit., p. 705, i quali, concludendo in punto di rilevanza dei fatti obiettivamente antiggiuridici, rilevano che "*probabilmente, una sua soluzione affermativa da nessun ordinamento giuridico può essere formulata in via generale, ma deve rompersi in singole applicazioni*".

6. Una proposta originale: la distinzione tra illecito e fatto illecito.

Nel vasto panorama di teorie sull'illecito civile, una strada decisamente originale è stata intrapresa da chi, in tempi abbastanza recenti, ha ritenuto di dover operare una netta distinzione tra *fatto illecito*, definito ai sensi dell'art. 2043 c.c., e quindi basato sull'elemento del danno, e l'*illecito*, consistente nella "*pura e semplice violazione di legge, cioè di un divieto legale*"¹⁴¹.

L'obiettivo che questa teoria persegue è dare una spiegazione dei differenti presupposti su cui le diverse manifestazioni di illecito civile poggiano e, soprattutto, delle diverse sanzioni che ai medesimi si applicano: separare le sorti dei due illeciti permetterebbe così di istituire due binari paralleli, sui quali far correre da un lato l'illecito dannoso, che rileverebbe sotto il profilo dell'*"esito dell'azione"*¹⁴² e la cui conseguenza non potrebbe che essere il risarcimento del danno; dall'altro, l'illecito *tout court*, che invece rileverebbe già come comportamento in sé considerato, a prescindere dagli eventuali effetti dannosi, e la cui naturale reazione sarebbe l'inibitoria.

La dottrina in esame si fa peraltro carico di dare una spiegazione sul piano storico del fenomeno di allontanamento che interesserebbe le due figure, ricercato ed individuato nella separazione delle sorti del moderno fatto illecito (art. 2043 c.c.) dalla vetusta figura del delitto civile, che ancora informava legge e mentalità giuridica antecedenti al Codice del 1942 e che portava, in buona sostanza, a concepire il risarci-

¹⁴¹ PIETROBON, *Illecito e fatto illecito, inibitoria e risarcimento*, cit., p. 6.

¹⁴² PIETROBON, op. cit., p. 61.

mento del danno come una forma di pena per la trasgressione colposa della norma¹⁴³.

La grande novità del Codice civile vigente, che sancisce un radicale e definitivo superamento di questa impostazione nel senso della atipicità, consiste nel passaggio dell'illiceità dal fatto al suo effetto: il perno su cui la responsabilità civile avrebbe iniziato a ruotare da lì in poi non sarebbe più stata la valutazione di antigiuridicità cd. soggettiva, ossia della condotta riprovevole del danneggiante, bensì di antigiuridicità oggettiva, riferita alla lesione del bene¹⁴⁴.

La stessa pluralità di criteri di imputazione della responsabilità, non più centrata in via esclusiva sulla colpa, non farebbe altro che confermare il definitivo distacco dal delitto.

Questo, per sommi capi, il percorso intrapreso dalla responsabilità civile, ossia dal *fatto illecito* nell'accezione precisa accolta dalla teoria in esame; diverso, invece, quello relativo all'illecito in senso proprio.

Quest'ultimo risponderebbe ad un "*ordine di interessi diverso da quello di riparare il danno*" - che coerentemente sfocerebbe in una diversa sanzione: l'inibitoria - e sarebbe caratterizzato da un divieto di condotta rilevante di per sé, nient'affatto subordinato al requisito del danno ed essenzialmente finalizzato a garantire un valore di libertà della persona: considerato infatti che "*un spazio individuale è sempre più necessario alla vita e deve essere segnato, garantito e difeso dal diritto*", la finalità della inibitoria risiederebbe nella "*difesa dell'individuo dalle molestie*"¹⁴⁵.

¹⁴³ PIETROBON, op. cit., p. 49 ss. Questa concezione, peraltro, sembra aver lasciato la sua traccia anche sotto il vigore dell'art. 2043 .c.c, fintantoché tale disposizione è stata interpretata come norma secondaria avente funzione sanzionatoria rispetto alla violazione di norme attributive di diritti soggettivi.

¹⁴⁴ "*Superare l'idea del delitto, nella costruzione del fatto illecito, significa quindi spostare il giudizio di antigiuridicità dall'azione al risultato dell'azione, da una verifica di riprovevolezza all'indicazione di un danno da risarcire*": così PIETROBON, op. cit., p. 67.

¹⁴⁵ PIETROBON, op. cit., pp. 26-27.

Conferma della bontà di questa ricostruzione si avrebbe anche da uno sguardo alle esperienze straniere, e in particolare quella di *common law*, nella quale la *law of torts* conosce una categoria, quella dei *torts per se* (esempio classico ne è il *trespass to the land*), che vengono solitamente sanzionati, senza necessità di alcuna prova del danno, con i *nominal damages* – la cui funzione è fondamentalmente una riaffermazione del diritto leso, senza aspetti strettamente risarcitori – e con la *injunction*¹⁴⁶.

Così delineata nei suoi tratti fondamentali, la teoria in esame appare particolarmente stimolante e persuasiva, ma presenta anche degli aspetti incerti che occorre affrontare.

Iniziando dal profilo funzionale, la tesi pare convincente nel momento in cui assegna all'inibitoria il ruolo di difesa dello "spazio individuale" della persona: l'inibitoria, grazie alla sua autonomia dal requisito del danno – che è idea diffusa, qui condivisa, ma non pacifica come si vedrà – non mira infatti a *riparare*, bensì a *conservare*, a *difendere* il diritto, ovviamente nei limiti in cui l'interesse ad esso sottostante viene riconosciuto da parte dell'ordinamento come prevalente sugli altri che si pongono con esso in contrasto.

Ritorna qui, sotto altra forma, il tema già affrontato della violazione della norma, oppure – visto da altra angolazione (trattata nel § successivo) – della violazione del diritto: per limitarsi ad alcuni semplici esempi, la condotta altrui che costituisce ostacolo alla realizzazione della personalità dell'individuo, che ne compromette la salute, o che provoca una limitazione indebita delle sue *facultates* e, in generale, delle sue libertà, così come formalizzate nei diritti di cui egli è portatore, costituisce una sorta di "invasione" non autorizzata nella sfera giuridica altrui;

¹⁴⁶ PIETROBON, op. cit., p. 15.

essa può essere descritta come "aggressione" (non necessariamente fisica, s'intende), o anche come "offesa" al diritto altrui¹⁴⁷, cui consegue un pregiudizio che non necessariamente coincide con il "danno", inteso in senso proprio¹⁴⁸; in ogni caso, essa, per questo suo contrasto con gli interessi altrui (*contra ius*, potremmo dire) e per la mancanza di una valida giustificazione (*non iure*, potremmo aggiungere) sarà perciò stesso suscettibile di inibizione.

La teoria in esame, a fronte della sua efficacia nel mettere in luce la specificità funzionale dell'inibitoria rispetto al risarcimento, si basa però su un'impostazione di fondo che non è del tutto condivisibile.

Basti partire dalla constatazione che, nella maggior parte dei casi, le condotte illecite *per se* siano altresì foriere di danni risarcibili: l'art. 2598, n. 3, c.c., ad esempio, nel concedere l'inibitoria nei casi in cui vi sia idoneità "a danneggiare l'altrui azienda", mostra allo stesso tempo come il danno (effettivo) non sia requisito necessario a fini inibitori, ma venga comunque considerato come una conseguenza *normale* del comportamento scorretto tenuto dal concorrente sul mercato.

Tale circostanza è suscettibile di due opposte letture: o come una conferma che, al di là della possibilità che "illecito" (condotta vietata) e "fatto illecito" (danno) si manifestino simultaneamente sul piano pratico, essi rimangono in ogni caso fermamente distinti sul piano concettuale, essendo tali convergenze solo occasionali, per quanto frequenti (si

¹⁴⁷ Il richiamo al termine "offesa", tratto dall'art. 52 c.p. sulla legittima difesa, non è casuale: si scopriranno più avanti, infatti, le relazioni esistenti tra questa forma di autotutela e l'inibitoria.

¹⁴⁸ La distinzione tra *danno* e *pregiudizio*, che non è affatto di matrice teorica ma trova alcuni significativi riscontri nel diritto positivo, meritevoli peraltro di maggior considerazione ai fini di una migliore comprensione dell'inibitoria – cfr., ad esempio, gli artt. 7 e 10 c.c. –, è oggetto di specifica attenzione da parte di PIETROBON, op. cit., p. 24 ss. L'Autore sostiene fermamente la distinzione del pregiudizio dal danno, identificandolo con la *molestia* (e si veda, del resto, il lessico dell'art. 1170 c.c.).

è detto infatti: *nella maggior parte* dei casi; non in *tutti* i casi); oppure come il segnale che, pur valendo gli interessanti rilievi sopra esposti, le due figure forse non giacciono davvero su due piani così distinti come si vorrebbe affermare.

Vi è infatti un dettaglio, nella teoria che qui si esamina, capace di suscitare dei dubbi sulla bontà della ricostruzione: il problema dei cd. “divieti impliciti”¹⁴⁹.

Dalla esposizione finora svolta, si percepisce infatti una certa vicinanza tra la tesi in rassegna e la nozione di illecito elaborata dallo Scognamiglio (e poi ripresa da Salvi)¹⁵⁰: quest’ultima, si ricorda, è fondamentalmente basata su una scissione tra illecito e responsabilità, ma esprime anche una coerenza interna nel momento in cui lega le sorti dell’azione inibitoria al necessario e imprescindibile presupposto del divieto legale, ossia di una norma che per sua natura deve essere applicata solo nei casi tassativamente determinati.

Nella tesi in esame, invece, ai divieti espressi – che oltretutto si caratterizzerebbero per essere di contenuto non determinato, e quindi in ultima istanza rimessi ad un’opera di integrazione giudiziale¹⁵¹ – si vorrebbe affiancare una serie imprecisata di divieti impliciti desunti direttamente dalla presenza di diritti assoluti, cosicché l’area di incidenza dell’illecito andrebbe ad estendersi fino a coincidere con quella della tutela dei diritti soggettivi.

A questo punto emerge con sufficiente chiarezza il punto critico di questa teoria.

¹⁴⁹ PIETROBON, op. cit., p. 125 ss.

¹⁵⁰ Cfr. SALVI, voce “Responsabilità extracontrattuale (dir. vig.)”, cit., § 2 (tesi poi ribadita in *La responsabilità civile*, 2a ed., Milano, Giuffrè, 2005).

¹⁵¹ PIETROBON, op. cit., 123 ss.

A parte il fatto che essa ripropone una nozione di diritto assoluto come fascio di obblighi di astensione *erga omnes* che, essendo già stata da tempo destinataria di serrate e convincenti critiche, si può ormai ritenere definitivamente superata¹⁵², quel che maggiormente rileva è che con questo allargamento della definizione di illecito, che va di fatto a coprire tutto il meritevole di tutela, non si comprende più la distinzione di esso dal fatto illecito.

In altri termini, la dottrina in questione finisce per contraddirsi: per un verso, va alla ricerca di un fondamento dogmatico alla inibitoria e lo trova in una categoria di illecito civile capace di una propria autonomia concettuale, grazie al suo distacco dal sistema della responsabilità civile e dall'elemento, altrimenti pervasivo e allo stesso tempo limitante, del danno; per altro verso, invece, allo scopo evidente di recuperare alla stessa inibitoria una ampiezza applicativa che le sarebbe preclusa, ove l'illecito su cui essa si fonda fosse genuinamente interpretato come "violazione di divieto", si va ad "annacquare" quest'ultima nozione finendo per farla coincidere con la "violazione di un diritto", che non solo è altra cosa, ma soprattutto si sovrappone a quel fatto illecito che invece premeva tener separato.

In conclusione, la teoria appena analizzata, pur non riuscendo nell'intento desiderato per le ragioni che si sono espone, impone comunque di esser considerata molto attentamente per gli spunti preziosi che offre verso una miglior comprensione delle dinamiche della tutela inibitoria e dell'illecito civile; la contraddizione in cui essa cade, in particolare, lungi dal far perdere rilevanza dogmatica alla nozione di illecito, conferma anzi la necessità di una sua riconduzione ad unità, come

¹⁵² Cfr. BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, *Diritto civile*, 1, cit., p. 294 ss., e, da ultimo, COMPORTI, *Diritti reali in generale*, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicc-Messineo*, continuato da P. Schlesinger, Milano, Giuffrè, 2011, p. 17 ss.

elemento unificante di un sistema che, passando dall'inibitoria per arrivare al risarcimento, offre un apparato completo di tutela contro la violazione dei diritti.

7. Inibitoria e violazione di diritti assoluti.

Altra declinazione della ricerca sulla tutela inibitoria è quella attinente all'individuazione delle situazioni sostanziali che essa presiederebbe.

Si tratta di un altro angolo visuale, ma pur sempre strettamente collegato con quello della funzione, poiché il tipo di tutela apprestato dall'ordinamento dipende dalla conformazione della situazione sostanziale invocata, ovvero, in altri termini, dal modo di intendere l'interesse che in quest'ultima trova la sua veste formale.

Secondo la concezione classica e più accreditata, oggetto di tutela inibitoria sono quelle posizioni soggettive sussumibili nella categoria dei diritti assoluti¹⁵³.

¹⁵³ Cfr. FRIGNANI, voce *"Inibitoria"*, in *Enc. dir.*, cit., § 3 ed ivi i richiami alla letteratura precedente. L'Autore citato, già nel 1971 (anno di pubblicazione della voce enciclopedica), riteneva questa ricostruzione ampiamente superata; a distanza di quasi trent'anni, però, si afferma ancora, da parte di autorevoli studiosi, che *"nella applicabilità dell'inibitoria a difesa di un diritto assoluto, vi è unanime consenso nella dottrina e nella giurisprudenza"*. Così PIETROBON, *Illecito e fatto illecito, inibitoria e risarcimento*, Padova, CEDAM, 1998, p. 125, il quale peraltro, in altro luogo dello studio citato, afferma altresì che l'inibitoria si fonda su *"una situazione giuridica soggettiva, o su un diritto assoluto, [...] o sulla violazione di un dovere di contegno"*. È abbastanza evidente l'influsso del diritto tedesco in questa definizione, che pare riproporre i due commi del §823 BGB; non risulta però molto chiara questa distinzione tra diritti assoluti e situazioni giuridiche, che viene posta quasi in termini di alternatività. Anche i diritti assoluti, infatti, sono senza dubbio situazioni giuridiche rilevanti. Complica le cose, poi, l'ulteriore affermazione, presente più avanti nella stessa pagina, secondo cui *"l'inibitoria sostanziale non è quindi misura che serve a garantire un diritto, ma ordine che assegna contenuto concreto a un divieto, cioè a un rapporto giuridico [...]"*.

L'insegnamento si fa forte di una solida tradizione e trova un forte appiglio positivo nella sistematica del Codice civile, che munisce di tutela inibitoria sia i diritti di proprietà e servitù - che dei diritti reali in genere costituiscono i modelli primigeni - , sia il complesso di diritti della personalità che in quel momento storico avevano assunto maggior rilievo, ossia i diritti al nome, allo pseudonimo e all'immagine (nonché, si aggiunga, il diritto morale d'autore, che rimaneva regolato fuori dal Codice); in sintesi, quindi, tutti quei diritti che fin dalle prime pagine dei manuali vengono tuttora presentati come i componenti essenziali della categoria "diritti assoluti".

La ragione che spiega questa impostazione di pensiero può essere individuata discendendo fino alle origini dell'azione che oggi, con terminologia tutto sommato recente, viene chiamata "inibitoria", ma che nel più lontano passato era più conosciuta come azione in cessazione, o azione negatoria¹⁵⁴.

È notorio che questa azione nasca come mezzo di tutela del diritto di proprietà e ne diventi poi uno dei tratti più caratterizzanti, al punto da elevarlo a modello di disciplina per ogni situazione in cui si manifesti una forma di appartenenza¹⁵⁵; ed è altrettanto notorio come lo stesso diritto di proprietà non si arresti ad essere solo modello di disciplina, ma costituisca da almeno due secoli uno dei più forti - se non il più forte - archetipo culturale capace di condizionare nel profondo la nostra mentalità giuridica¹⁵⁶.

È dunque sulla base del diritto di proprietà che si sviluppa il concetto di diritto assoluto e la manifestazione forse più evidente di

¹⁵⁴ Sulla questione terminologica si diffonde, con ampiezza di riferimenti, FRIGNANI, *Azione in cessazione*, in *Nov. Dig. It.*, cit., p. 640 ss.

¹⁵⁵ GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, cit., p. 919 ss.

¹⁵⁶ V. le pagine magistrali di GROSSI, voce "*Proprietà (dir. interm.)*", in *Enc. dir.*, cit., XXXVII, 1988, § 2 ss.

questo sviluppo la si può osservare portando l'attenzione proprio verso i diritti della personalità, che oggi, come si è detto, vengono con quello annoverati nella comune categoria in esame, ma la cui storia, in realtà, affonda le proprie radici in tempi piuttosto recenti.

Ciò che della teoria dei diritti della personalità interessa maggiormente ai fini del presente discorso è vedere come anche nel dispiegarsi di questo fenomeno possa essere constatato un processo di "oggettivazione" della persona che conduce, attraverso l'individuazione di "beni" ad essa immanenti, alla costruzione di diritti soggettivi che fanno comunque riferimento al modello proprietario¹⁵⁷.

Non è tuttavia questo l'unico esempio utile per dimostrare la pervasività del modello di proprietà individuale che, con il suo *ius excludendi*, fornisce le basi concettuali della tutela inibitoria e ne permette l'estensibilità a tutte le situazioni in cui vi sia da regolare un fenomeno appropriativo¹⁵⁸: altrettanto significativa è infatti l'altra manifestazione che si svolge sul versante delle creazioni dell'ingegno umano, raccolte

¹⁵⁷ L'osservazione è comune alle varie trattazioni della materia, la cui vastità non consente che richiami ai principali contributi: tra questi, si vedano in particolar modo MESSINETTI, voce "*Personalità (diritti della)*", in *Enc. dir.*, cit., XXXIII, 1983, § 1 *passim*; PINO, *Teorie e dottrine dei diritti della personalità. Uno studio di meta-giurisprudenza analitica*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1/2003, p. 247 ss.; DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., p. 132 ss., il quale rammenta la tendenza, virata solo nella metà del Novecento con l'introduzione delle Costituzioni contemporanee, a riservare al campo del diritto civile i soli rapporti patrimoniali; DE VITA, *Art. 10*, in PIZZORUSSO-ROMBOLI-BRECCIA-DE VITA, *Delle persone fisiche - Artt. 1-10*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca* a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1988, p. 506 ss., 534 ss. Si vedano però BIGLIAZZI GERI-BRECCIA-BUSNELLI-NATOLI, *Diritto civile*, I, cit., p. 301 ss., critici nei confronti della scelta di ricorrere al "diritto soggettivo" come categoria ordinante degli interessi della personalità. In senso analogo già si era espresso SANTORO PASSARELLI, voce "*Diritti assoluti e relativi*", in *Enc. dir.*, cit., XII, 1964, § 11, il quale, contestando ai diritti della personalità la natura di "diritti soggettivi" e affermando al contrario la loro vocazione ad una tutela "oggettiva", gettava le basi per un ripensamento della categoria, successivamente sviluppato da MESSINETTI (op. ult. cit.) e infine accolto da DI MAJO (loc. ult. cit.).

¹⁵⁸ RAPISARDA, *Profili della tutela civile inibitoria*, cit., p. 160 ss.

notoriamente sotto l'espressione "proprietà intellettuale" e regolate oggi da un testo normativo cui, in continuità con questa tradizione, è stata assegnata l'intitolazione di "Codice della proprietà industriale"¹⁵⁹.

Se poi si volge lo sguardo fuori dai nostri confini, è possibile prendere come punto di riferimento l'esperienza giuridica tedesca per constatare come la generale applicabilità della tutela inibitoria venga ormai da lungo tempo fondata su un'interpretazione analogica del § 1004 BGB, dettato in materia di proprietà¹⁶⁰; soluzione, questa dell'analogia, che peraltro viene sostenuta anche da parte di alcuni tra più autorevoli studiosi italiani e occasionalmente trova l'avallo della giurisprudenza, ma intorno alla quale non sembra essersi ancora raccol-

¹⁵⁹ Cfr. VANZETTI, *Commento sub Art. 1*, in *Codice della proprietà industriale*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 2: "l'elemento dogmatico unificante sarebbe il concetto di 'proprietà', rigorosamente inteso,, e ritenuto capace di ricomprendere in sé, e nel contempo di caratterizzare, i diritti di esclusiva sui diversi 'oggetti' della proprietà medesima [...]"; FLORIDIA, *Il Codice della proprietà industriale: disposizioni generali e principi fondamentali*, in *Dir. ind.*, 2005, p. 11 ss., secondo cui una direttiva fondamentale del riassetto, discendente dall'adesione all'Accordo TRIPS, è stata quella di "far confluire nella categoria della proprietà industriale diritti che, in precedenza, erano protetti con le norme contro la concorrenza sleale, a condizione - tuttavia - che possedessero un'oggettività sufficiente per essere ricompresi in uno schema di tutela proprietaria".

¹⁶⁰ RAPISARDA, *op. ult. cit.*, p. 103 ss.; HAUSMANN, *L'esperienza tedesca*, in *Azione inibitoria e interessi tutelati*, cit., p. 174 ss. FRIGNANI, voce *Inibitoria (azione) - II* *Diritto comparato e straniero*, cit., p. 2 ss. Merita peraltro segnalare che il percorso seguito dalla giurisprudenza tedesca - riscontrabile fin dall'inizio del '900, come ci testimonia la ricerca di RAPISARDA (*op. cit.*, p. 100 ss). - abbia avuto il suo esordio attraverso l'applicazione del §823, relativo alla responsabilità da fatto illecito, e non del §1004, ma è necessario anche precisare che il caso in questione era relativo ad un fatto di concorrenza sleale. Ciò non deve sorprendere, anzi conferma la peculiarità della disciplina della concorrenza sleale che affonda le sue radici non negli istituti della proprietà, ma in quelli della responsabilità civile. Ciò è puntualmente rinvenibile anche nella nostra esperienza giuridica: in letteratura, cfr. per tutti FRANCESCHELLI, voce "Concorrenza - II) Concorrenza sleale", in *Enc. giur. Treccani*, cit., p. 9 ss.

to un consenso sufficientemente largo per poter affermarne una sicura praticabilità¹⁶¹.

8. Critiche alla correlazione tra diritti assoluti e inibitoria.

L'associazione diritto assoluto-tutela inibitoria ha mostrato fin da subito i suoi limiti: già il Codice civile del 1942, del resto, conteneva in sé istituti che erano muniti della tutela in cessazione, senza però che si potessero individuare altrettante situazioni giuridiche classificabili come "diritti assoluti", se non al prezzo di forzature concettuali¹⁶².

Riferimenti esemplari in questo senso sono considerate le norme in materia di possesso e quelle in materia di concorrenza sleale: il primo,

¹⁶¹ In merito all'uso che la giurisprudenza avrebbe fatto dell'analogia, il precedente di riferimento viene normalmente individuato in Cass., sez. I, 27 luglio 1986, n. 4755, cit., il cui caso merita qui un breve approfondimento. La sentenza si distingue poiché, avendo ravvisato la mancanza nel caso concreto di un rapporto di diretta concorrenza tra attore e convenuto, ha seguito un procedimento logico apparentemente riconducibile alla *analogia iuris*, nel momento in cui ha accordato la inibitoria ex art. 2599 c.c. ad un interesse non qualificato formalmente come concorrenziale. Se questa fosse la reale portata della pronuncia, l'apertura sarebbe notevole poiché significherebbe schiudere le porte dell'inibitoria ad interessi *diversi* da quelli contemplati dalle singole norme; il che è quanto auspica la dottrina più permissiva. In realtà, la portata della sentenza potrebbe anche essere ridimensionata ove si seguissero le osservazioni critiche del suo annotatore (Libertini), secondo cui lo stesso risultato si sarebbe potuto raggiungere più semplicemente assumendo che la repressione della concorrenza sleale possa operare anche in mancanza di un rapporto di diretta concorrenzialità (tesi tuttavia minoritaria). A questo punto, però, ci si permette di avanzare un dubbio, espresso in via di mera ipotesi: l'interesse alla reputazione commerciale, assunto dai giudici come rilevante nel caso in esame, non avrebbe potuto essere trattato come una estensione della tutela del marchio del prodotto - se non direttamente del nome commerciale dell'azienda - pregiudicato dall'attività del terzo?

¹⁶² Per una critica in questi termini, in cui si tiene conto anche di fonti successive che confermano l'inconsistenza di tale spiegazione, nonché di indicazioni provenienti dal diritto tedesco, cfr. RAPISARDA, *Profili della tutela civile inibitoria*, cit., p. 159 ss.

notoriamente definito come situazione di fatto e non di diritto, che tuttavia gode di un apparato di tutele comprensivo dell'azione di manutenzione contro le molestie di terzi (art. 1170 c.c.) - parallelo all'azione negatoria del proprietario di cui all'art. 949 c.c. - e delle azioni di rinuncia (artt. 1171, 1172 c.c.), tutte aventi finalità inibitorie¹⁶³; la seconda, caratterizzata invece da una disciplina che non mira a proteggere un bene di appartenenza esclusiva dell'imprenditore - questa funzione è assolta semmai da istituti della proprietà industriale come marchi e brevetti, la cui tutela è contigua a quella in esame - ma si pone dal lato opposto, ossia quello dei concorrenti, puntando a regolare la loro condotta (art. 2598 c.c.)¹⁶⁴.

Non è questo, tuttavia, il motivo principale che spinge a ritenere superata tale concezione.

¹⁶³ In verità, l'argomento relativo al possesso è meno probante di quanto non appaia a prima vista. L'affermazione che esso non sia un "diritto" ma solo un "potere (o una situazione) di fatto" appartiene al pensiero dominante e può essere qui assunto come un dato sufficientemente sicuro; è ovvio che, ove questo assunto fosse smentito a favore di una riqualificazione in termini di situazione di diritto - come ritiene una parte della dottrina, che ricorre alla categoria delle aspettative: cfr. da ultimo PALADINI, *Il possesso*, in AA.VV., *Diritto privato, III*, Torino, UTET, p. 994 - quanto si andrà ad osservare qui di seguito varrà a maggior ragione. Il punto è che il possesso è concepito come esercizio di poteri che corrispondono alla proprietà o ad un diritto reale, quindi sembra coerente che, *nei confronti dei terzi*, esso sia presidiato da un apparato difensivo simile a quello di cui godono i titolari dei diritti corrispondenti; in particolare, i poteri inibitori del possessore possono essere spiegati attraverso quello stesso *ius excludendi* che caratterizza la proprietà e di cui egli gode *nei confronti dei terzi* (e non ovviamente dei confronti del proprietario). Non sembra quindi inopportuno affermare - in ogni caso, con un buon grado di approssimazione - che anche se non è diritto assoluto, il possesso è dunque disciplinato *come se fosse* un diritto assoluto. Ecco perché la critica alla pretesa relazione biunivoca tra tutela inibitoria e diritto assoluto sembra debba passare più proficuamente da altre vie. Su questo specifico punto è quindi da condividere l'analoga osservazione di LIBERTINI, *La tutela civile inibitoria*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, cit., p. 323-324.

¹⁶⁴ Cfr. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, UTET, 2006, p. 133; FRANCESCHELLI, "Concorrenza - II) Concorrenza sleale", cit. p. 3 ss.; Cass., sez. I, 18 agosto 1997, n. 7660, in *Banche dati Foro. It.*

C'è da premettere che la categoria dei diritti assoluti, posta in contrapposizione con quella dei diritti relativi, è ancora presente nel pensiero giuridico contemporaneo e manifesta tuttora una utilità didattica nel distinguere strutturalmente diritti per la cui realizzazione è richiesta la cooperazione di un soggetto terzo rispetto a quelli in cui il titolare può soddisfare autonomamente il proprio interesse¹⁶⁵; di questo dà testimonianza anche la più recente manualistica¹⁶⁶.

Questa precisazione, però, fissa anche il limite oltre il quale parlare di assolutezza perde di senso, in particolare ove tale carattere sia assunto nel significato, un tempo diffuso, di opponibilità della tutela del diritto *erga omnes*¹⁶⁷.

L'assolutezza, in altri termini, rileva nel suo significato letterale come mancanza di un legame, e più precisamente di un rapporto giuridico che lega il titolare del diritto ad un soggetto terzo¹⁶⁸; ove questo terzo è il debitore tenuto ad una prestazione determinata, all'interno di un rapporto parimenti determinato che, in ragione di questa specificità, giustifica l'attributo di "relativo" del rispettivo diritto.

Venute meno, pertanto, le antiche teoriche cd. personalistiche del diritto reale, che accogliendo una concezione pervasiva del rapporto giuridico arrivavano a definire il diritto reale non a partire dal suo con-

¹⁶⁵ SANTORO PASSARELLI, voce "*Diritti assoluti e relativi*", cit., § 10; BILIAZZI GERI-BRECCIA-BUSNELLI-NATOLI, *Diritto civile*, 1, cit., p. 294. Riconosce tale valore classificatorio LIBERTINI, *La tutela civile inibitoria*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, cit., p. 323, che non ritiene congruo rifondare la teoria della tutela inibitoria "*su una critica radicale alla nozione stessa di diritto assoluto*".

¹⁶⁶ Si vedano ad esempio GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, ESI, 2005, p. 58 e ss., che attribuisce al diritto relativo "*caratteristiche del tutto opposte*" rispetto a quello assoluto (cfr. in part. p. 59); TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, XLIV ed., Padova, CEDAM, 2009, p. 77.

¹⁶⁷ COMPORTI, *Diritti reali in generale*, cit., p. 17 ss.

¹⁶⁸ Può dirsi quindi che essa l'assolutezza si risolve sostanzialmente nella *auto-sufficienza*.

tenuto, ma solo dai suoi riflessi esterni – il famoso obbligo di astensione incombente sui terzi, che poi si risolveva nell'altrettanto generico dovere di *neminem laedere* -, ha ceduto anche il criterio discriminante tra le varie categorie di diritti, e in generale di situazioni giuridiche soggettive, sotto il profilo della tutela esterna¹⁶⁹.

La conferma di questo superamento delle idee tradizionali, del resto, trova un agevole e ormai già risalente riscontro nella vicenda che ha interessato la tutela aquiliana del diritto di credito, a partire dall'inizio degli anni '70, grazie alla quale è stato abbattuto il muro che si pretendeva separasse nettamente il diritto relativo da quello assoluto.

Oggi, pertanto, si può più agevolmente pervenire alla conclusione che *“ogni situazione di vantaggio, per il fatto di costituire la risultante di un positivo giudizio di valore avente ad oggetto un interesse, sia tutelata dalla legge nei confronti di qualsiasi comportamento capace, in quanto illegittimo, di impedirne la realizzazione”*¹⁷⁰.

Dal punto di vista fin qui assunto, la critica al binomio diritto assoluto-tutela inibitoria assume una portata pressoché radicale, poiché si basa essenzialmente sulla decostruzione di uno dei due termini del rapporto; tra le sue conseguenze, può esserci o quella del rifiuto della assolutezza come carattere ordinante di una categoria, o, all'opposto, l'assegnazione della qualifica di “assoluto” ad ogni interesse ritenuto giuridicamente rilevante.

Proprio questa possibilità ha indotto una parte della dottrina ad impostare in altro modo la critica al suddetto binomio.

Ferma restando l'inammissibilità di un principio di tipicità delle situazioni costituenti diritti assoluti, si è infatti paventato che il ricorso a

¹⁶⁹ COMPORTI, op. cit., p. 22 ss.; BIGLIAZZI GERI-BRECCIA-BUSNELLI-NATOLI, *Diritto civile*, 1, cit., p. 278 ss.

¹⁷⁰ BIGLIAZZI GERI-BRECCIA-BUSNELLI-NATOLI, *Diritto civile*, 1, cit., p. 277.

tale categoria, a seguito delle aperture potenzialmente indiscriminate cui è stata sottoposta proprio per le motivazioni sopra indicate, rischiassse di condurre alla enucleazione di *“una miriade di «diritti», disposti su un piano inclinato in cui si muove da sicure facoltà o pretese su beni o servizi determinati e si giunge fino al «diritto alla felicità»”*¹⁷¹; questa costituiva una delle ragioni che induceva la citata dottrina a cercare il fondamento della tutela inibitoria nella responsabilità civile, distaccandosi così dal pensiero dominante¹⁷².

Il punto verrà ripreso in seguito, ma valga già da ora avanzare una obiezione: il timore da essa manifestato circa il rischio di *“proliferazione”* di diritti, se poteva giustificare il rifiuto della tesi tradizionale, non sembrava tuttavia condurre ad una valida soluzione del problema spostando il baricentro dell’inibitoria su un istituto come quello della responsabilità civile, che proprio l’esperienza recente ha dimostrato essere il più cedevole di fronte a tale rischio, tanto che oggi la migliore dottrina, costretta a prender atto che il *“disordinato processo legislativo e giurisprudenziale di espansione della responsabilità civile [è] giunto ormai a un livello critico”*, ne auspica caldamente una *“opera di contenimento”*¹⁷³.

9. Inibitoria e danno.

Dopo aver analizzato i complessi rapporti tra violazione di norme e violazione di diritti nell’ottica di una nozione di illecito civile, è

¹⁷¹ LIBERTINI, *La tutela civile inibitoria*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, cit., p. 325-326.

¹⁷² LIBERTINI, op. cit., *passim*; ID, *Nuove riflessioni in tema di tutela civile inibitoria e risarcimento del danno*, cit., *passim*.

¹⁷³ BUSNELLI, *La parabola della responsabilità civile*, in BUSNELLI-PATTI, *Danno e responsabilità civile*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 149.

ora il momento di tornare al problema di partenza, ossia all'oggetto della prevenzione.

Come si è accennato, l'altra grande corrente di pensiero, alternativa a quella che concepisce l'inibitoria come reazione all'illecito, pone ad elemento centrale del sistema la nozione di danno.

Sul punto, peraltro, occorre far chiarezza, poiché varie sono le declinazioni assunte dalle diverse opinioni manifestate.

Da una parte, si registra l'affermazione di chi non rifiuta di mantenere una distinzione tra illecito e danno, scegliendo però di ancorare l'inibitoria al secondo dei due termini: non vi sarebbe perciò necessità di una situazione di illiceità in corso per giustificare l'intervento inibitorio, ma basterebbe il semplice pericolo di un danno¹⁷⁴.

Altra e consistente parte della dottrina, invece, concepisce l'illecito in modo tale da far venir meno perfino la distinzione operata inizialmente: essa ritiene infatti che solo in presenza del requisito del danno sia possibile concepire un illecito ed una conseguente responsabilità: gli artt. 2043 ss. c.c. fisserebbero così la soglia di rilevanza dell'illecito civile, che sarebbe incentrato sul danno e sulla necessità di ripararlo¹⁷⁵.

L'origine di questa linea di pensiero è antica e i suoi riflessi si fanno evidentemente sentire tuttora: si tratta di una teoria che, fortemente sostenuta in epoca liberale, vedeva l'illecito civile in uno col

¹⁷⁴ PERLINGIERI, *Conclusioni*, cit. p. 97.

¹⁷⁵ Cfr. ALPA, *La responsabilità civile. Parte generale*, Torino, UTET, 2010, p. 119 ("non ci può essere fatto illecito, giuridicamente rilevante, senza danno (ingiusto)"); BIANCA, *L'inibitoria come rimedio di prevenzione dell'illecito*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, t. 1, Milano, Giuffrè, 2008, p. 141 ("il danno è infatti immanente alla nozione di illecito quale fatto lesivo di un interesse giuridicamente protetto"); CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 31, 218 ("l'ingiustizia senza danno non costituisce ancora quello che il nostro codice civile chiama fatto illecito"); MAIORCA, voce "Responsabilità (teoria generale)", in *Enc. dir.*, cit., XXXIX, 1988, *passim*, ma spec. § 3.

danno e con la colpa, in un contesto in cui la funzione del diritto civile, e della responsabilità in particolare, era quella di reprimere/riparare l'illecito, e non di prevenirlo¹⁷⁶.

Col vigore del Codice del '42 – che, come si è detto, ha costituito comunque un salto di qualità rispetto al precedente sul piano del riconoscimento positivo della tutela inibitoria – si è registrata felicemente una maggiore sensibilità per il tema: il riferimento va a quelle dottrine più risalenti (anni '60 e '70) che iniziarono a percepirne la rilevanza e si fecero perciò carico di analizzare il problema, nell'ambito di due tra le più importanti trattazioni generali dell'epoca¹⁷⁷; esse, nella pur pregevole apertura manifestata nei confronti della questione, hanno tuttavia dimostrato di mantenere ancora ferma l'impostazione tradizionale, incentrando la riflessione sempre e solo sul danno.

In primo luogo, occorre precisare che entrambe queste dottrine non hanno mancato di distinguere i casi di cessazione di attività dannose in corso dai casi di tutela preventiva vera e propria, ossia quelli in cui il danno non si è ancora manifestato.

Se con riferimento al primo caso si è registrata una apprezzabile convergenza di opinioni, nel senso di ritenere ammissibile in via gene-

¹⁷⁶ Cfr. CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Padova, CEDAM, 1930, p. 21; FERRINI, voce "*Illecito (in genere)*", in *Nuovo Dig. it.*, XVI, Torino, UTET, 1938, p. 661, in polemica con la tesi del VENEZIAN (espressa nel suo *Danno e risarcimento fuori dei contratti*, in *Opere giuridiche*, I, *Studi sulle obbligazioni*, Roma, 1919, p. 20 ss.), il quale invece aveva teorizzato la distinzione tra torto semplice e torto dannoso, anticipando quella che, nel linguaggio attuale, potrebbe dirsi la distinzione tra *illecito* e *danno* (cfr., ad es., BELLELLI, op. ult. cit.) ovvero tra *illecito* e *fatto illecito* (cfr. PIETROBON, op. ult. cit.). Si veda altresì, quanto all'altro aspetto, RAPISARDA, *Profili della tutela civile inibitoria*, cit., p. 14 ss., per una sintesi del pensiero giuridico maturato nella dottrina processuale a cavallo tra Ottocento e Novecento, fermamente ancorato ad una visione *repressiva* della giurisdizione.

¹⁷⁷ Cfr. DE CUPIS, *Il danno - Teoria generale della responsabilità civile*, vol. II, Milano, Giuffré, 1979, p. 6 ss.; BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, Vol. II, *Le fonti*, Milano, Giuffré, p. 428 ss.

rale - seppur con diversa sfumatura¹⁷⁸ - la reazione contro i danni in corso; sul secondo punto si è invece formata una divergenza, fondamentalmente per le ragioni che si sono già espone trattando della prevenzione.

L'argomento addotto dalle dottrine qui richiamate è stato sempre il medesimo: il pericolo di ingiustificata intromissione nelle altrui libertà.

Anche la tesi più permissiva, infatti, circondava di cautele la soluzione adottata: si richiedeva infatti che il pericolo fosse "oggettivo e reale", e che il danno minacciato fosse "rilevante" e "prossimo"¹⁷⁹.

Quel che più conta, in ogni caso, è che perno del ragionamento, come si è visto, fosse sempre il danno e dunque la norma di riferimento fosse identificata costantemente dell'art. 2043 c.c.¹⁸⁰.

Questa linea di pensiero si è mantenuta fino a tempi recenti, seppur con variazioni di impostazione.

Da una parte, viene infatti autorevolmente affermato che la inibitoria, *"ove pure venisse pensata come rimedio generale equiesteso all'area del fatto illecito in sede preventiva, dovrebbe tenere conto della morfologia di quest'ultimo come risulta dall'art. 2043 c.c., con la necessità di ritenere presupposto necessario non qualsiasi violazione di una regola di condotta alla qua-*

¹⁷⁸ Più cauta sembra infatti la posizione del DE CUPIS (op. cit., p. 12 ss.) rispetto a quella del BARASSI.

¹⁷⁹ BARASSI, op. cit., p. 431.

¹⁸⁰ Il maggior grado di complessità del problema è comunque lucidamente percepito da BARASSI, loc. ult. cit., il quale non manca di indicare altri indici normativi per dare giustificazione della azione preventiva, rifacendosi in particolare - e si noti la simmetria del pensiero dell'Illustre giurista con le soluzioni adottate dalla giurisprudenza tedesca - all'azione negatoria. Altrettanto interessante è poi la ulteriore notazione secondo cui *"come nella negatoria non si fa questione di colpa o no del convenuto, così neppure qui: è un dovere che deve essere adempiuto, e di cui può ottenersi l'attuazione anche se nessuna colpa si può rinfacciare"* (p. 431).

*le pure sia conseguita la lesione di una situazione soggettiva ma solo quelle suscettibili di produrre danno*¹⁸¹.

Per altra via, un recente filone dottrinario, rinnovando l'interesse per la categoria dell'atto illecito, ha in altro modo impostato il rapporto tra illecito e danno: dopo aver premesso che l'illecito non si esaurisce nella *iniuria*, e dopo aver altresì teorizzato una distinzione, all'interno dell'ampi concetto di "danno", tra "danno rilevante" (traducibile in altri termini come evento dannoso) e "danno risarcibile", è pervenuta alla conclusione che il danno (inteso nel primo senso) sarebbe elemento costitutivo, imprescindibile dell'illecito, riproponendo così l'equazione danno-lesione di interesse¹⁸².

Il criterio dell'ingiustizia, invece, segnerebbe il passaggio da questa fase di rilevanza del fatto come illecito, alla successiva fase della "efficacia", consistente nella conseguenza risarcitoria che da tale processo di qualificazione discenderebbe.

A fronte di orientamenti come quelli descritti, che pongono in relazione di subordinazione il concetto di illecito rispetto a quello di danno, si registra però, ad oggi, un insegnamento nettamente prevalente che ribadisce l'autonomia della inibitoria sia dal requisito del danno, sia dal requisito della colpa¹⁸³.

Pare così ripresentarsi l'antico scontro terminologico, che discende dalla mai sopita questione relativa alla nozione di danno: nota e ancora oggetto di discussioni e ripensamenti è infatti la disputa tra coloro

¹⁸¹ CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 31

¹⁸² Cfr. ASTONE, *L'autonoma rilevanza dell'atto illecito*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 36 ss., che accoglie e sviluppa una tesi già proposta da SCALISI, in *Ingiustizia del danno e analitica della responsabilità civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 29 ss.

¹⁸³ Anche questa è informazione pressoché costante delle trattazioni generali sulla inibitoria (si vedano le già più volte citate opere di FRIGNANI e RAPISARDA) e si può dire che venga assunta ormai come dato acquisito da coloro che si occupano della inibitoria solo incidentalmente.

che concepiscono il danno come lesione di interesse, immediatamente rilevante come tale, e coloro che invece, in maniera più rigorosa, lo definiscono come perdita, o menomazione, o nocumento; in ogni caso come conseguenza dell'evento lesivo, e non già come evento in sé (il cd. "danno *in re ipsa*")¹⁸⁴.

L'adesione all'una o all'altra teoria non è priva di conseguenze, anche per il tema che interessa; come si vedrà nel paragrafo successivo, proprio una nozione allargata di danno – definita anche in termini di "danno normativo" – è stata posta alla base di una possibile rifondazione delle basi teoriche della tutela inibitoria.

Volendo per ora tirare le somme di questa disamina, sembra potersi dire che questi filoni di pensiero, tendenti a prospettare un illecito tutto incentrato sul danno, rispondono a due diverse logiche.

Da un lato, si percepisce come l'opzione di ancorare la inibitoria all'art. 2043 c.c. risponda all'intento di estendere tale forma di tutela a tutte le situazioni ritenute meritevoli di protezione e già vagliate come tali alla stregua del filtro della ingiustizia; l'art. 2043 c.c., in altri termini, fornirebbe all'interprete quella base normativa generale che non è possibile trovare altrove, nel nostro diritto positivo, per dar ragione della generalità della sanzione inibitoria.

Da altro lato, invece, sembra intravedersi una finalità (paradossalmente) quasi opposta in coloro i quali si attengono strettamente al dettato codicistico e coerentemente, individuando il "fatto illecito", fonte di obbligazioni ex art. 1173 c.c., nel sistema di norme degli artt. 2043 e

¹⁸⁴ Per una disamina del tema, che assume proporzioni che superano di gran lunga l'economia di questo studio, cfr. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., p. 219 ss.; SALVI, voce "Responsabilità extracontrattuale", cit., § 12; POLETTI, *Il danno risarcibile*, in AA.VV., *Diritto civile*, Vol. IV, t. III, *Attuazione e tutela dei diritti – La responsabilità e il danno*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 363 ss.; BUSNELLI, *La parabola della responsabilità civile*, cit., p. 156 ss.

ss. c.c., escludono estensioni indebite del concetto, tali da abbracciare anche casi in cui, per ipotesi, si predichi una situazione di ingiustizia, ma non si percepiscano conseguenze pregiudizievoli e, pertanto, risarcibili; tale situazione, proprio perché mancante di un elemento essenziale, ossia lo stesso danno, rimarrebbe conseguentemente fuori dallo spettro della tutela.

Al fondo di una simile concezione, però, sembra quasi scorgersi una centralità della responsabilità civile e del risarcimento del danno che non lascia spazio alla valorizzazione di altre forme di tutela.

Vi è poi un'altra ragione che non consente di ritenere soddisfacente questa soluzione.

Essa non spiega come possa conciliarsi questa "esclusività" del fatto illecito ex art. 2043 e ss. c.c., che si manifesta nella responsabilità risarcitoria, con la presenza di norme che disciplinano situazioni di conflitto da cui può discendere il risarcimento del danno, ma che, allo stesso tempo, prevedono questa ulteriore sanzione consistente nella inibitoria.

Nelle disposizioni, ad esempio, degli artt. 7, 10 e 949 c.c. (ma l'elenco potrebbe proseguire ben oltre: si veda la rassegna condotta nel capitolo primo del presente studio) vi è una previsione testuale del risarcimento del danno che addirittura assume la veste di misura secondaria ed eventuale, a fronte di quella principale costituita dalla cessazione della condotta indicata¹⁸⁵.

Una via per giustificare la tesi in esame potrebbe esser quella - peraltro già battuta: v. *supra* § 5 - di qualificare tale condotta in altro modo che illecita; altrimenti si dovrebbe giungere alla conclusione che

¹⁸⁵ Cfr. DE VITA, *Art. 10*, in PIZZORUSSO-ROMBOLI-BRECCIA-DE VITA, *Delle persone fisiche - Artt. 1-10*, cit., p. 506 ss.

l'illecito non si esaurisce nella responsabilità civile (o meglio: nel risarcimento del danno), ma si estende oltre questo campo.

In altri termini, l'art. 1173 c.c., aprendo solennemente il Libro IV del Codice con l'indicazione del fatto illecito come fonte di obbligazioni, non si limiterebbe ad istituire – come ritenuto tradizionalmente¹⁸⁶ – un mero rinvio al Titolo IX dello stesso Libro, ma lascerebbe aperta la possibilità di concepire anche altre obbligazioni oltre quella risarcitoria.

Queste “altre obbligazioni”, peraltro, esistono e trovano testuale conferma nelle stesse disposizioni che menzionano l'ordine giudiziale di cessazione; abbiamo visto quanto numerose siano queste disposizioni nel nostro ordinamento e come costantemente si affianchino al (e contemporaneamente si distinguano dal) risarcimento.

A questa constatazione, comunque, si affianca un altro argomento difficilmente controvertibile non tanto sulla base della lettera delle norme, quanto del buon senso: non si vede come determinati comportamenti possano essere suscettibili di una definitiva proibizione da parte del giudice senza che se ne possa predicare l'illiceità.

Il punto è cristallino per coloro che sostengono la stretta tipicità delle azioni inibitorie, se non altro perché è proprio partendo da queste ultime che costruiscono la categoria dell'illecito civile¹⁸⁷; non si sa invece quale altra qualificazione potrebbe esser riservata a quegli atti, se si seguisse la concezione restrittiva qui in esame.

Si potrebbe forse assegnar loro gli attributi di “indebiti” o di “ingiustificati”, tenendo conto di alcune formulazioni normative (v. art. 7 c.c., che parla di uso *indebito* del nome) o, più in generale, della mancanza di giustificazione di una condotta come causa di immeritevolezza

¹⁸⁶ Cfr. RESCIGNO, voce “*Obbligazioni*”, in *Enc. dir.*, cit., XXIX; 1979, § 25 (da notare, tuttavia, un primo accenno al problema della tutela inibitoria in fine di § 17).

¹⁸⁷ Esemplarmente, in tal senso, SCOGNAMIGLIO, voce “*Illecito*”, cit., p. 303.

di tutela; è anche evidente, però, come questi termini siano riservati ad altri istituti (rispettivamente, la ripetizione: art. 2033 c.c. e l'arricchimento: art. 2041 c.c.), aventi funzioni ben distinte dall'inibitoria, e non risulti, del resto, che siano mai stati chiamati in causa per qualificare la condotta da inibire.

L'atto "indebito", infatti, è quello che *non si ha l'obbligo di eseguire*, non quello che *si ha l'obbligo di non eseguire*¹⁸⁸; mentre la "ingiustificata" dell'art. 2041 c.c., per quanto possa apparire contigua alla "ingiustizia" che caratterizza l'atto illecito, se ne distanzia per la mancanza del requisito dell'aggressione al diritto altrui, definibile nella tradizionale espressione: *contra ius*¹⁸⁹.

¹⁸⁸ La nozione di indebito usata nell'art. 7 c.c., pertanto, potrebbe considerarsi impropria; la dottrina in ogni caso non fa difficoltà, anche in quel caso, a ragionare in termini di illiceità: cfr. BRECCIA, *Art. 7*, in PIZZORUSSO-ROMBOLI-BRECCIA-DEVITA, *Delle persone fisiche – Art. 1-10*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1988, p. 447 e ss.

¹⁸⁹ Cfr. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 319 ss., in particolare p. 332: "La «diminuzione patrimoniale» non è *contra ius*, ma «ingiustificata, il che è ben diverso». Il punto, in realtà, necessita di un ulteriore chiarimento, limitato, per l'economia del presente lavoro, solo ad alcuni cenni. Basti qui rilevare che se anche l'art. 2041 c.c. parla di "danno" così come l'art. 2043 c.c. e la mancanza di "giusta causa" può far pensare all'elemento *non iure* del fatto illecito, tuttavia i due istituti si differenziano proprio perché nel secondo, e non nel primo, è presente un atto - o un evento naturale comunque ricollegato ad un soggetto: v. la responsabilità per le cose in custodia - non riconducibile in alcun modo al terzo danneggiato, che comporta per quest'ultimo la violazione di un suo diritto. Questo elemento manca invece nell'arricchimento ex art. 2041 c.c., con cui si corregge uno spostamento patrimoniale che può essere generato dalla condotta dello stesso "danneggiato" (meglio: impoverito); ciò, peraltro, spiega il perché questa tutela sia puramente "oggettiva", nel senso che prescinda da ogni colpa dell'arricchito e valuti, invece, la sua buona/mala fede per temperare la misura della reazione. La differenza tra i due istituti, in ogni caso, si presenta spesso incerta e una conferma di queste difficoltà si evidenzia nel fenomeno delle cd. "occupazioni acquisitive", valutate dalla giurisprudenza non come fattispecie di arricchimento ingiustificato (cui dovrebbe seguire la tutela "oggettiva" della restituzione del bene o, quantomeno, del suo valore, salvo il risarcimento di danni ulteriori) ma come fatti illeciti; la spiegazione di questa prassi giurisprudenziale - approfonditamente criticata da GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, Milano, 1995, p. 897 ss., anche

Entrambe le tutele, inoltre, si distinguono dall'inibitoria per essere riferibili a spostamenti patrimoniali cui si pone rimedio mediante le restituzioni¹⁹⁰; non emerge quindi un giudizio sul comportamento dell'agente e sugli effetti che esso provoca, poiché tali effetti sono già stabilizzati e si tratta solo di correggerli ove necessario.

L'inibitoria, invece, per sua natura si dirige contro comportamenti che sono in atto o sono in procinto di essere compiuti o ripetuti; in caso contrario, l'ordine di cessazione si rivelerebbe una misura del tutto priva di senso.

In definitiva, si ritiene che in linea generale l'equiparazione tra illecito e danno non paia condurre a risultati appaganti; se poi si considera l'evoluzione normativa in atto, di cui si è dato conto nel primo capitolo, sembra anzi che questa tesi, pur nelle sue varie declinazioni, si ponga in contrasto con lo stesso dato normativo¹⁹¹.

Appare quindi molto più convincente seguire coloro i quali distinguono tra illecito e danno (o illecito *tout court* e illecito dannoso)¹⁹²,

per le forzature in merito al riscontro dell'elemento soggettivo della colpa – può forse trovarsi proprio nel fatto che la perdita sofferta dal proprietario segue ad un'attività che egli subisce da parte della pubblica amministrazione *contro* la sua volontà, ed è ciò che probabilmente fonda il passaggio da un giudizio oggettivo sull'*effetto* in termini di ingiustificatezza ad un giudizio sull'*atto* in termini di illiceità. La diversa soluzione proposta da GAMBARO (op. ult. cit.), tuttavia, si lascia preferire, oltre che per le conseguenze applicative più favorevoli all'originario proprietario (ad es., il regime della prescrizione), anche per il fatto che le due tutele non sono necessariamente alternative, ma possono cumularsi proprio perché valutano lo stesso da fatto da punti di vista differenti.

¹⁹⁰ Sulla tutela restitutoria, si rinvia a DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., p. 319 ss.; ID, voce "*Tutela risarcitoria, restitutoria, sanzionatoria*", in *Enc. giur. Treccani*, cit., s.d., p. 8 ss.

¹⁹¹ Si veda in particolare la disciplina delle pratiche commerciali scorrette, così come disegnata dalla Direttiva comunitaria, di cui si è già parlato nel primo capitolo.

¹⁹² BUSNELLI, *Atto illecito e contratto illecito*, cit., p. 882; BELLELLI, *L'inibitoria come strumento generale di tutela contro l'illecito*, cit., p. 615 ss.

differenziando altresì le relative sanzioni, che in tal modo risulteranno essere proporzionate e simmetriche all'azione che sono naturalmente mirate a contrastare.

Nel senso indicato, valga come esempio quanto affermato recentemente in giurisprudenza, in relazione ad una azione di classe ex art. 140-bis Cod. cons., dal Tribunale di Roma, con ordinanza del 25 marzo 2011¹⁹³.

In quella occasione, il giudice si è profuso in una lunga disamina – quasi da sentenza-trattato – tesa ad accreditare la *“distinzione logica tra illecito e danno e la conseguente superfluità del secondo al fine del perfezionamento del primo”*, attraverso una serie di pregevoli passaggi che si pongono perfettamente in linea gli argomenti addotti in precedenza.

Si afferma infatti che *“la separazione concettuale tra la nozione di illecito e quella di danno risulta ancora più chiara se si pone attenzione a tutti quei casi in cui l'ordinamento, a fronte di un illecito non produttivo di danno, si limita a predisporre in favore della vittima una tutela inibitoria/reintegratoria (ossia volta alla rimozione dell'illecito e al ripristino della situazione qua ante) anziché quella risarcitoria, evidentemente inammissibile in mancanza di concrete conseguenze pregiudizievoli”*, proseguendo poi con la constatazione che *“l'ordinamento reagisce ad un illecito perfetto (ossia completo di tutti i suoi elementi costitutivi) mediante misure volte all'arresto dell'illecito e all'inibizione di esso per il futuro, contemplando il rimedio risarcitorio come meramente eventuale (attivabile, cioè, solo qualora l'illecito abbia anche prodotto effettivamente conseguenze dannose)”*.

Non è peraltro casuale aver scelto, per la trattazione di questa tematica, un provvedimento in materia di diritto dei consumatori.

Proprio questo settore, che negli ultimi anni ha segnato una delle maggiori evoluzioni e visto tra i più fecondi dibattiti della scienza civi-

¹⁹³ In Foro it., 2011, Anticipazioni e novità.

listica – al di là del fatto che si tratta di materia di rilevantissimo impatto sociale – , fornisce all’interprete un modello di riferimento per la miglior comprensione dei rapporti tra le varie forme di tutela civile.

In particolare, la distinzione tra tutela inibitoria ex art. 140 Cod. cons. e azione risarcitoria di classe ex art. 140-*bis* segna chiaramente la distanza tra la prospettiva dell’illecito, inteso quale violazione dei diritti dei consumatori rilevante in sé - e alla quale ben si attaglia una tutela come quella inibitoria che ha lo scopo di bloccare la condotta scorretta dell’impresa - , e la prospettiva del danno, che non si confonde col primo, ma consiste sempre e necessariamente in una *perdita*, definitiva e consolidata, di valori (non necessariamente di natura patrimoniale), e la cui sanzione non può che risolversi nella riparazione.

10. Una teoria eterodossa: l’inibitoria come espressione della responsabilità civile.

Uno dei tentativi più originali di rifondare la tutela inibitoria è stato fatto negli anni '80 da parte di una autorevole dottrina di estrazione commercialistica¹⁹⁴.

Secondo questa tesi – peraltro preceduta alcune pronunce giurisprudenziali – l’inibitoria, sganciata dalle sorti della categoria dei diritti assoluti, avrebbe dovuto essere inquadrata nell’ambito della responsabilità civile, ed in particolare avrebbe trovato il suo referente normativo di elezione nell’art. 2058 c.c. concernente, come è noto, il risarcimento in forma specifica.

¹⁹⁴ LIBERTINI, *La tutela civile inibitoria*, cit.; ID, *Nuove riflessioni*, cit.; ID, *Azioni e sanzioni nella concorrenza sleale*, cit.

L'operazione svolta da questa dottrina risponde peraltro ad una delle finalità che sopra sono state individuate come caratteristiche di coloro i quali hanno istituito un collegamento tra responsabilità civile e inibitoria: il tentativo di trovare uno statuto generale della tutela inibitoria, che ne permettesse l'attivazione anche nei casi non contemplati espressamente dalla legge.

La "clausola generale" dell'art. 2043 c.c., inoltre, permetterebbe di ottenere l'ulteriore vantaggio di non costringere l'inibitoria entro le forme rigide dei diritti assoluti, ma consentirebbe al contrario di operare quel bilanciamento di interessi che, specie in un tipo di tutela destinato a "regolare i confini" tra diritti in contrasto, diverrebbe particolarmente opportuno.

Il tratto caratterizzante di questa tesi, tuttavia, sta nella concezione allargata di danno; una concezione che lo stesso suo Autore non manca di riconoscere come eterodossa e, tutto sommato, minoritaria.

Essa consisterebbe in una nozione di "danno normativo" che non sarebbe limitata alla sola perdita – intesa come diminuzione definitiva del patrimonio – ma si estenderebbe anche ai danni "reversibili".

A tal riguardo, la nozione di danno si presterebbe così a coprire anche quei casi che più hanno impegnato la dottrina che si è cimentata nello studio delle azioni preventive, ossia gli illeciti minacciati (o illeciti di pericolo): allargando infatti la nozione di danno fino a quel limite, non si porrebbe più il problema di giustificare delle letture estensive dell'art. 2043 c.c., tese a riconoscere la rilevanza non solo del danno effettivo, ma anche di quello solo potenziale (con le relative difficoltà probatorie).

In quei casi, infatti, il danno sarebbe già rilevante come attuale.

Il risarcimento ex art. 2058 c.c. presiederebbe pertanto ad una funzione reintegratoria che si apprezzerrebbe soprattutto con riguardo

ad un danno sì in atto, ma suscettibile di cessazione, ed assumerebbe così il contenuto di obbligazione negativa.

Tale obbligazione, del resto, rappresenterebbe esattamente la modalità di “riparazione” che permetterebbe di scongiurare quel “danno” dato dal pericolo di ripetere la condotta lesiva.

Così essenzialmente descritta, la dottrina qui esaminata, pur nella originalità e delle soluzioni, non può tuttavia essere seguita.

Le ragioni di tale dissenso emergono già da quanto detto in precedenza circa la nozione di danno; ed è inevitabile che, se non si accetta, con riguardo a tale elemento, la definizione alternativa nei termini sopra esposti, la teoria sta e cade con la premessa.

Una confutazione della tesi in esame, del resto, passa anche attraverso la esatta collocazione sistematica del risarcimento in forma specifica, che nel passato ha condotto soprattutto una parte dei giudici – più sensibili a cercare un fondamento di fronte a domande inibitorie non facilmente inquadrabili nelle ipotesi note¹⁹⁵ - verso forzature interpretative, all’esito delle quali si è fatto uso proprio dell’art. 2058 c.c. a fini inibitori.

A tal proposito, basti richiamare, da un lato, le già note obiezioni raccolte dalla più recente dottrina, che si è peritata di smentire dalle basi la praticabilità di simili soluzioni¹⁹⁶; da altro lato, la recentissima e poderosa sentenza - balzata agli onori della cronaca per la vicenda giudiziaria che andava a concludere – Cass., sez. III, 17 settembre 2013, n. 21255, in cui, a margine di una ampia motivazione¹⁹⁷, ammonisce che

¹⁹⁵ Al riguardo, è emblematica la giurisprudenza formatasi attorno all’art. 844 c.c.: sul punto, v. D’ADDA, *Orientamenti*, cit., *passim*.

¹⁹⁶ D’ADDA, *Dei fatti illeciti – Artt. 2044-2059*, in *Comm. cod. civ.* diretto da E. Gabrielli, Torino, UTET, 2011, p. 613 ss.

¹⁹⁷ Cfr. BUSNELLI, “Verso una giurisprudenza che si fa dottrina. Considerazioni in margine al revirement della Cassazione sul danno da cd. nascita malformata”, in *Riv. dir. civ.*,

“come condivisibilmente osservato in dottrina, il carattere reintegrativo del rimedio alternativamente consentito dall'art. 2058 c.c. non ne muta l'essenza risarcitoria, non trasforma, cioè, la morfologia dello strumento normativo in funzione di legittimazione di qualsivoglia rimedio specifico (restitutorio, inibitorio, preventivo) nel sistema di tutela dei diritti”.

Al di là delle critiche, va in ogni caso riconosciuto che la dottrina qui esaminata, per quanto non possa essere seguita in ragione dei motivi esposti, ha tuttavia dato un importante contributo alla comprensione della tutela inibitoria, quantomeno per aver ridotto – se non annullato – la distanza tra la categoria rigida dei diritti assoluti e la categoria “mobile” della responsabilità civile.

11. Inibitoria e colpa

Vi è un altro elemento che tende ad allontanare l'inibitoria dalla responsabilità civile: uno dei tratti caratteristici della tutela inibitoria viene infatti ravvisato nell'irrilevanza degli stati soggettivi dell'agente, tanto che può ritenersi un insegnamento comune quello secondo cui *“l'azione inibitoria prescinde dal dolo o dalla colpa dell'autore del fatto lesivo”*¹⁹⁸.

2013, p. 1529, il quale, con un pizzico di ironia, lancia l'invito al lettore: *“chi vada in cerca di contributi scientifici aggiornati alla teoria della responsabilità civile può fruttuosamente leggere le lucide disgressioni riservate dalla recentissima sentenza della Corte di cassazione sulla sentenza Fininvest-CIR alla « nuova lettura dell'istituto della responsabilità “non contrattuale” », alla « dimensione causale del “cagionare” », alla « questione dei rapporti tra tutela specifica e per equivalente »”*

¹⁹⁸ Così BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, *Diritto civile*, 3, *Obbligazioni e contratti*, Torino, UTET, 1995 (rist.), p. 787. Sempre per limitarci alla manualistica, cfr. altresì GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 12a ed., ESI, Napoli, 2006, p. 1382; CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 1, *Diritto dell'impresa*, 6a ed., UTET, Torino, 2008, p. 257; FERRI, *Diritto commerciale*, 12a ed. (a cura di C. Angelici e G.B. Ferri),

Non si tratta, beninteso, di una differenza strutturale tale da rendere concettualmente incompatibili i due istituti, poiché è fatto notorio ed acquisito che nel sistema della responsabilità civile, a fianco della responsabilità colposa o dolosa, convivano altri “settori”, di preminente rilievo sul piano applicativo, che sono informati a criteri di imputazione oggettivi¹⁹⁹.

Se la colpa non è dunque un elemento necessario della responsabilità – come invece tendevano ad affermare le dottrine tradizionali –, ma rappresenta comunque il criterio ordinante della fattispecie generale dell’art. 2043 c.c., può invece darsi per acquisito che essa non rilevi nell’inibitoria.

Il punto potrebbe apparire così pacifico, sia in dottrina che in giurisprudenza, da non meritare ulteriori, particolari approfondimenti rispetto a quanto già rilevato nella letteratura esistente; senonché, in tempi recenti, una voce autorevole ha messo in dubbio l’assunto, affermando che “*l’intenzionalità del danno e l’inosservanza delle adeguate misure di cautela connotano il comportamento inibitorio come doloso o colposo*”²⁰⁰.

Conviene allora soffermarsi su questo punto per verificare la fondatezza di questa critica, poiché in caso affermativo occorrerebbe rivedere radicalmente la regola consolidata.

Ripartendo dalle parole dell’Autore appena citato, si ha come premessa del ragionamento l’identificazione della colpa “*nella obiettiva inosservanza della diligenza normalmente adeguata a salvaguardare gli inte-*

UTET, Torino, 2006, p. 133; e richiami dello stesso tenore potrebbero ulteriormente proseguire.

¹⁹⁹ Su questo punto, scandagliato da una letteratura sterminata, basti un generico rinvio a BUSNELLI, voce “*Illecito civile*”, cit., p. 5 ss.; SALVI, voce “*Responsabilità extracontrattuale*”, cit., § 8, 11; DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., p. 189 ss.

²⁰⁰ BIANCA, *L’inibitoria come mezzo di prevenzione dell’illecito*, in BELLELLI (cur.), *Azione inibitoria e interessi tutelati* (atti del convegno di studio tenutosi a Perugia nei giorni 14-15 aprile 2005), ESI, Napoli, 2007, p. 20 e ss.

ressi altrui”, cui vien fatta seguire la conclusione che “*il comportamento da inibire sia necessariamente doloso o colposo*”²⁰¹.

Si ribadisce poi che “*un comportamento non doloso e conforme all’obiettivo modello della diligenza relativo all’attività esercitata, si sottrae ad un provvedimento inibitorio già in quanto privo di idoneità causale offensiva*”²⁰².

Richiamando questi brevi passaggi è possibile condensare una serie di problemi che devono essere valutati partitamente, per fugare le incertezze su quello che è sempre apparso come un tratto condiviso della tutela inibitoria.

In via preliminare, occorre chiarire cosa si intende per “colpa”²⁰³.

Senza poter qui ripercorrere analiticamente i passaggi che hanno caratterizzato l’evoluzione del concetto nella più recente storia del pensiero giuridico – nello specifico, il passaggio da una concezione “soggettiva” ad una “oggettiva”, ampiamente testimoniato in letteratura²⁰⁴ –

²⁰¹ BIANCA, cit., p. 21.

²⁰² BIANCA, cit., p. 21.

²⁰³ La vastità della letteratura in tema di colpa, e più in generale di responsabilità civile, è tale da non permettere una citazione bibliografica completa; visti i limiti del presente lavoro, i richiami saranno perciò limitati alle opere ritenute più significative con riguardo al singolo aspetto toccato.

²⁰⁴ Si rinvia, in particolare, ad ALPA e BESSONE, *La responsabilità civile*, Giuffré, Milano, 2001, p. 25 ss., 210 ss., ed a FRANZONI, *L’illecito*, in *Tratt. della resp. civ.* diretto da M. Franzoni, vol. I, Giuffré, Milano, 2010, p. 175 ss. La concezione oggettiva è oggi accolta da BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Giuffré, Milano, 2011 (rist.), p. 575 ss. È interessante rilevare, al riguardo, il pensiero accolto dai vertici della giurisprudenza non in qualche particolare pronuncia, ma nel documento che ne sintetizza gli orientamenti consolidati, ossia la *Rassegna della giurisprudenza di legittimità* per l’anno giudiziario 2012, a cura dell’Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, in cui si afferma (vol. I, p. 162) che “*può ritenersi ormai abbandonata dalla giurisprudenza di legittimità, e non da oggi, la concezione della colpa come condotta censurabile (c.d. teoria soggettiva della colpa). Dominante è diventata invece la contrapposta teoria c.d. oggettiva, secondo cui è in colpa chi tiene una condotta non coincidente con quella che per legge, per regolamento o per comune prudenza avrebbe dovuto tenere.*” A ben vedere, una concezione della colpa presentata in questi termini lascia perplessi, poiché mette di fronte due nozio-

basti far riferimento alle sue più moderne definizioni, che vedono in essa una rimproverabilità dell'agente per non aver adottato lo *standard* richiesto di comportamento, ovvero sia – secondo una formulazione più dettagliata – tutte le misure esigibili, secondo le circostanze del caso concreto, al fine di evitare un evento da lui prevedibile, ivi compresa la scelta estrema dell'astensione dalla condotta nel caso in cui non vi fosse alcuna misura che potesse scongiurarlo²⁰⁵.

Esiti non dissimili si possono ottenere quando si afferma che *“in tanto si può parlare di colpa, anche commissiva, in quanto il soggetto abbia violato un determinato dovere di comportamento o di previsione”* e che conse-

ni che non sono tra loro incompatibili come si vorrebbe e, soprattutto, invita ad escludere dal processo di valutazione sulla condotta qualsiasi elemento relativo alla persona del danneggiante ed al contesto dell'atto, tanto da farne discendere un giudizio totalmente astratto – che poi è quello auspicato dalla teoria oggettiva radicale – in cui, oltretutto, diventa arduo distinguere la *culpa* dalla *iniuria*. Per la critica ed il superamento di questa contrapposizione, cfr. BIGLIAZZI GERI-BRECCIA-BUSNELLI-NATOLI, *Diritto civile*, 3, cit., p. 701 ss. e BUSNELLI, voce *“Illecito civile”*, cit., p. 9. Anche TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, cit., p. 123 ss., constata la tendenza giurisprudenziale a “semplificare” un giudizio di colpa che dovrebbe invece esser più complesso, ma allo stesso tempo comprende l'operato dei giudici in ragione di una *“esigenza di economia di giudizio che porta a rinunciare ad un accertamento preciso (per lo più assai dubbio e difficile) delle circostanze soggettive, accontentandosi di risultati mediamente adeguati”*.

²⁰⁵ BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, *Diritto civile*, 3, cit., p. 704: *“in conclusione, può dirsi in colpa chi agisce coscientemente e volontariamente in un certo modo, pur essendo concretamente in grado di prevedere il verificarsi di un evento dannoso, che sarebbe stato possibile evitare mediante l'adozione di opportune misure o, se del caso, mediante l'astensione dall'azione.”* Non si può fare a meno di registrare un largo consenso della dottrina su questo modo di impostare il concetto di colpa: si vedano a tal riguardo BUSNELLI, voce *“Illecito civile”*, cit., p. 9 (il quale sottolinea la necessità di mantenere alla colpa quel *“connotato di concretezza ed elasticità”* che la concezione radicalmente oggettiva, invece, finisce per elidere); SALVI, voce *“Responsabilità civile”*, in *Enc. dir.*, cit., XXXIX; 1988, § 27 (secondo cui *“la nozione sociale di colpa, pur essendo per sua natura unitaria, è dotata di un forte coefficiente di elasticità”*); e nella manualistica, TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, cit., p. 123, (che condivide l'idea di *“adeguare il giudizio di colpa alla personalità dell'agente”*). Dello stesso Autore, peraltro, si veda già la voce *“Illecito”*, in *Enc. dir.*, cit., sub § 25). Contrario, invece, SCOGNAMIGLIO, voce *“Responsabilità civile”*, in *Nov. Dig. it.*, XV, 1968, ma ora in *Scritti giuridici*, Padova, CEDAM, 1996, p. 339 ss., che mantiene fede al criterio di diligenza dell'uomo medio.

guentemente “non può esservi colpa se contestualmente non si riconosce l'esistenza di un dovere di prevenzione”²⁰⁶.

Ancora, rifacendosi a studi più risalenti, è stato ulteriormente precisato come di colpa non possa parlarsi solo adducendo una violazione di norme secondarie, il cui scopo sia, più o meno direttamente, la salvaguardia di diritti altrui, poiché è evidente che l'accertamento della semplice discrasia tra atto compiuto e modello astratto prescritto da quelle norme finirebbe inevitabilmente per trasformare la responsabilità per colpa in una responsabilità oggettiva; motivo per cui la dottrina in esame ha pensato di introdurre il concetto di “rischio consentito”, così da garantire al giudice un giusto margine di apprezzamento che tenga conto non solo di prescrizioni eventualmente violate ma anche delle circostanze particolari in cui il fatto è avvenuto²⁰⁷.

Il punto che merita essere sottolineato, e che è suggerito direttamente dalle nozioni sopra riportate, sta nella considerazione della colpa essenzialmente quale misura di giudizio, di “critica”²⁰⁸ di un comportamento da condurre non già secondo un parametro standardizzato e definito *a priori* in modo del tutto uniforme, bensì mantenendo “*quel coefficiente di aderenza al fatto concreto che è indispensabile perché la colpa*

²⁰⁶ MONATERI, *La responsabilità civile*, Torino, UTET, 1998, p. 53.

²⁰⁷ CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza*, Padova, CEDAM, 1966, p. 195 ss. Il che, peraltro, non toglie che il giudizio di colpa risulti anche qui da un confronto tra ciò che è stato fatto e ciò che avrebbe dovuto esser fatto, riproponendo così la questione di una regola di comportamento da rispettare per esimersi da responsabilità; solo che, in questa diversa configurazione, la regola non è astratta, ma specifica in quanto individuata dal giudice tenendo conto di circostanze concrete, sia relative al soggetto agente, sia relative al contesto oggettivo. In tempi più recenti, si può ritenere in linea con questa impostazione l'insegnamento di TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, cit., p. 121 ss., il quale, peraltro, si sofferma maggiormente sulla valutazione in termini di rapporto costi/benefici.

²⁰⁸ Cfr. MONATERI, *op. cit.*, p. 42.

non perda la sua genuina natura di criterio di imputazione soggettiva del danno"²⁰⁹.

Se quello appena rappresentato è, in estrema sintesi, lo stato dell'arte della dottrina in tema di colpa civile, occorre però registrare anche il dato della prassi, che sul punto pare divergere dalla teoria.

Nonostante infatti la giurisprudenza faccia frequente richiamo ai principi sopra esposti, e affermi ripetutamente che il requisito della colpa (o, specularmente, il grado di diligenza richiesto all'autore del fatto) deve essere valutato in base alle circostanze del caso concreto, poi però applica un concetto di *standard* misurato secondo il metro della "normalità", abbracciando così, all'atto pratico, una nozione "oggettiva" di colpa²¹⁰.

La differenza, a ben vedere, verte principalmente, se non esclusivamente, sull'attribuzione di rilevanza alle qualità soggettive dell'autore del fatto illecito, ma per quello che qui interessa, può essere sufficiente rilevare un accordo di fondo circa la necessità di indagare in modo puntuale gli eventi che caratterizzano il singolo caso.

Appurato questo dato, risulta assai difficile conciliare il requisito della colpa, ben integrato nella struttura della responsabilità civile, con i caratteri propri della tutela inibitoria.

Per dimostrarlo, occorre ripartire dall'idea, ribadita ancora in tempi recentissimi dalla migliore dottrina, secondo cui la formula dell'art. 2043 c.c. è stata concepita – e impone tuttora di essere interpre-

²⁰⁹ Testualmente, BUSNELLI, *loc. ult. cit.* Uno dei più autorevoli precedenti di questa linea di pensiero si può ritrovare in MAIORCA, voce "*Colpa civile*", in *Enc. dir.*, cit., VII, 1960, in part. § 43, il quale ammoniva circa la necessità di un accertamento "*specifico*" della colpa, non appiattito su una "*generica ipotetica diligenza*". Da ultimo, aderisce a questa impostazione anche NEVOLA, in *La responsabilità civile – Trattato teorico-pratico*, a cura di P. Fava, Giuffrè, Milano, 2009, p. 445 ss.

²¹⁰ V. TRIMARCHI, *loc. ult. cit.*

tata – nel segno della distinzione tra gli elementi della *culpa* e della *iniuria*²¹¹.

Quest'ultima rappresenta il “*carattere distintivo*” dell'atto illecito, tanto ne “*l'ampio e variegato ambito di operatività della responsabilità civile quanto anche all'esterno di esso e senza un evento dannoso*”²¹².

La *culpa*, per converso, svolge una funzione di criterio di selezione della responsabilità, il cui valore si apprezza non tanto quando essa sia accertata, bensì quando essa manchi: essendo elemento costitutivo della fattispecie, essa gioca a favore dell'autore del fatto, che va esente dall'obbligo di risarcimento ogni volta che essa non sia sufficientemente provata; ciò, tuttavia, non pregiudica il profilo relativo alla *iniuria*, che pure potrebbe sussistere²¹³.

Orbene, l'affermazione citata in apertura, secondo cui l'atto non doloso né colposo si sottrae al provvedimento inibitorio, finisce per sovrapporre i due piani – *culpa* ed *iniuria* – riproponendo così una nozione di illecito civile ancora centrata sulla colpa e sul danno ed elidendo, di fatto, il valore autonomo da riconoscere alla *iniuria*, la cui importanza dogmatica si apprezza, peraltro, proprio nello studio dell'inibitoria²¹⁴.

²¹¹ BUSNELLI, *Atto illecito e contratto illecito: quale connessione?*, cit., p. 877 ss.

²¹² BUSNELLI, ult. cit., p. 879 ss. I concetti prospettati dall'Autore possono essere valido punto di partenza per superare le incertezze teoriche del rapporto *culpa-iniuria* attentamente indagate da MAIORCA, voce “*Colpa civile*”, cit., § 13.

²¹³ Ovviamente non si può non constatare che la distinzione tra i due profili è spesso sottile e difficile da percepire all'atto pratico: quando si accerta che l'agire umano è stato diligente, infatti, è tanto semplice escludere la colpa quanto arduo pensare che sia avvenuta una ingiustizia. Queste difficoltà sono ben testimoniate da MAIORCA, loc. ult. cit.

²¹⁴ In altra occasione, del resto, lo stesso BIANCA ribadisce questa concezione, affermando che la difficoltà di ammettere l'inibitoria in via generale non si supera teorizzando l'esistenza di un illecito non dannoso, visto che “*il danno è infatti immanente alla nozione di illecito quale fatto lesivo di un interesse giuridicamente protetto*” (*L'inibitoria come mezzo di prevenzione dell'illecito*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, tomo I, Milano, Giuffrè, 2008, p. 141).

Anche le conseguenze che discendono dall'accoglimento di questa linea di pensiero appaiono non condivisibili: se il comportamento inibendo dovesse essere connotato da colpa, ciò significherebbe, in primo luogo, che non in ogni caso in cui quella tutela è prevista vi si potrebbe dar corso, poiché il soggetto che si trovasse in stato di buona fede (non colpevole, ovviamente) non potrebbe subire un simile provvedimento; ma ancor di più - ed è quello che appare più difficile da conciliare con i caratteri tradizionali attribuiti all'inibitoria - il soggetto non colpevole potrebbe per assurdo continuare a tenere la condotta asseritamente proibita, proprio perché inizialmente incolpevole.

Si pensi, a titolo di esempio, all'esercizio di una servitù da parte di un vicino, convinto di esserne titolare in virtù di un uso precedente, o all'ipotesi speculare del proprietario del fondo servente (magari acquisito senza che nulla emergesse dagli atti di trasferimento, essendo la servitù costituita per usucapione) che si opponga in buona fede all'esercizio di tale diritto; oppure, in contesti più "moderni", all'applicazione su un prodotto di un certo segno distintivo o all'utilizzo per il proprio sito internet di un certo *domain name* i quali, per avventura, risultino confondibili con altri già esistenti, ma siano rimasti ignoti al produttore o al titolare del sito internet, o comunque costoro non ne abbiano percepito la confondibilità.

In secondo luogo, non va dimenticato che la colpa, quale criterio per imputare la responsabilità, incarica il giudice di operare una valutazione sulla condotta dell'autore del fatto, e tale valutazione non può che essere orientata in senso retrospettivo²¹⁵; nell'inibitoria, invece, come più volte si ripete, la tutela non guarda al passato, ma al futuro, poi-

²¹⁵ Sulla centralità del momento della valutazione, cfr. MAIORCA, voce "*Colpa civile*", cit., § 37.

ché individua la condotta illecita e ne proibisce definitivamente la ripetizione.

Mancherebbe così di senso parlare di colpa con riguardo a comportamenti che ancora non sono stati posti in essere e dunque non possono logicamente essere criticati.

La persistenza di opinioni come quella citata in partenza è evidentemente il frutto dell'onda lunga del pensiero tradizionale, ancora radicato nella nostra cultura giuridica, secondo cui l'atto illecito non può essere pensato come dissociato da una connotazione negativa sul piano soggettivo (dolo, colpa) e da un elemento materiale costituito dal danno.

Il contesto, tuttavia, è mutato: non è qui luogo per ripercorrere nella sua complessità il dibattito avvenuto nel corso degli ultimi decenni, in forza del quale si è pervenuti a spezzare il nesso (ritenuto indissolubile) tra illecito e responsabilità ed a concepire un illecito in senso oggettivo; valga solo prendere atto della circostanza, di cui si è cercato di dar dimostrazione in precedenza, che l'idea di un illecito slegato dai requisiti del danno e della colpa non solo è ben concepibile, già a partire dai dati normativi che sono da tempo in nostro possesso, ma trova nuove ulteriori conferme anche negli ultimi interventi del legislatore, sia nazionale che comunitario.

11.1. Casi dubbi. La condotta antisindacale.

Un altro settore nel quale l'inibitoria ha maturato importanti sviluppi, anche sul piano teorico generale, ma che ha dato nuovamente luogo al dubbio circa la rilevanza dell'elemento soggettivo è stato quel-

lo della condotta antisindacale sanzionata ai sensi dell'art. dello 28 Statuto dei lavoratori²¹⁶.

In questo ambito, peraltro, il problema non si è posto tanto con riferimento alla colpa, quanto piuttosto al dolo, visto che nella maggior parte dei casi i sindacati ricorrenti imputavano al datore di lavoro un comportamento idoneo ad impedire l'esercizio delle libertà sindacali, mentre quest'ultimo si difendeva allegando la mancanza di un qualsiasi intento lesivo, capace di macchiare di illiceità la propria condotta.

Sul punto si è osservata una certa oscillazione della giurisprudenza, che ha alternato momenti in cui era richiesto l'elemento soggettivo, in termini di intenzionalità, ad altri in cui esso era invece ritenuto irrilevante²¹⁷.

Considerata la importanza della disposizione in esame nella panorama delle tutele inibitorie, l'affermazione della rilevanza dell'elemento soggettivo avrebbe certamente creato una rottura nella sostanziale uniformità che tradizionalmente le caratterizzava; la repressione della condotta antisindacale si sarebbe tinta così di una sfumatura "penalistica", tale da renderla una inibitoria dai contorni eccezionali.

In particolare, la valorizzazione del dolo come requisito dell'illecito antisindacale avrebbe potuto giocare un duplice ruolo nell'applicazione della norma: o restrittivo, poiché arricchendo la fattispecie di un ulteriore elemento costitutivo si sarebbe così fornito al datore di lavoro un ulteriore argomento di difesa; o estensivo, nel senso che si sarebbe potuto far leva su un presunto intento antisindacale del datore, anche ove

²¹⁶ Cfr. GIUGNI, *Diritto sindacale*, Bari, Cacucci, 2003, p. 112 ss.; MEUCCI, *L'irrilevanza della intenzionalità nella condotta antisindacale*, in *DL online - Rivista telematica di diritto del lavoro* (www.di-elle.it).

²¹⁷ Per la rilevanza dell'intento antisindacale, Cass., sez. lav., 8 settembre 1995, n. 9501, in *Banche dati Foro it.*; Cass., sez. lav., 19 luglio 1995, n. 7833, *ivi*; Cass., sez. lav., 12 agosto 1993, n. 8673, in *Banche dati Pluris*; Cass., sez. lav., 5 dicembre 1991, n. 13085, in *Banche dati Foro it.*

non emergessero con sufficiente nettezza elementi oggettivi di contrasto con l'azione sindacale, per ottenere il provvedimento inibitorio²¹⁸.

Ad oggi, tuttavia, si può dire acquisito il secondo orientamento, affermato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione ed avallato anche da autorevole dottrina, secondo cui l'unico elemento richiesto ai fini della concessione dell'inibitoria è un'attività oggettivamente in contrasto con l'azione sindacale²¹⁹.

A conferma della coerenza sistematica mantenuta dall'art. 28 St. Lav., i giudici della Corte tendono infatti a precisare che *"la natura inibitoria dell'azione a tutela della libertà sindacale induce a ritenere che, ai fini della configurabilità di un comportamento antisindacale, sia irrilevante l'elemento psicologico del datore di lavoro"*, concludendo poi che oggetto del giudizio è *"l'obiettivo idoneità della condotta denunciata a produrre il risultato che la legge intende impedire e, cioè, la lesione della libertà sindacale e del diritto di sciopero"*²²⁰.

Volendo soffermarsi ancora per un momento sulla sentenza citata, merita poi fare almeno un cenno ad un passaggio particolarmente pregevole della motivazione, in cui i giudici, nel farsi carico di smentire l'argomento teleologico a favore della tesi cd. volontaristica, precisano che *"la disciplina dell'art. 28 tende non tanto a punire il datore di lavoro e ad assicurare il risarcimento del danno, quanto a garantire in ogni caso l'inibizione e la repressione di ogni attività lesiva della libertà sindacale o del*

²¹⁸ Cfr. Cass., sez. lav., 8 settembre 1995, n. 9501, cit. Con riguardo a questo orientamento, però, val la pena puntualizzare che il ragionamento seguito dai giudici può essere solo impropriamente considerato come una adesione alla cd. teoria volontaristica dell'illecito antisindacale, visto che - stando a quanto si legge nelle massime - la norma viene applicata solo facendo leva sull'argomento dell'abuso del diritto.

²¹⁹ Cass., S.U., 12 giugno 1997, n. 5295, in *Foro it.*, 1997, I, c. 2416 ss.; GIUGNI, *Diritto sindacale*, cit., p. 117. Da ultimo, in giurisprudenza, si vedano ancora Cass., sez. lav., 10 luglio 2002, n. 10031; Cass., sez. lav., 18 aprile 2007, n. 9250, in *Banche dati Foro it.*

²²⁰ Cass., S.U., 12 giugno 1997, n. 5295, cit.

diritto di sciopero"; nella sua brevità, l'affermazione è comunque chiarissima nel tracciare la distinzione tra la funzione inibitoria e quella di altre forme di reazione del diritto, tendenti o alla punizione (si intende, di un atto riprovevole in sé considerato), o alla riparazione dei danni provocati.

È questo un punto su cui si tiene ad insistere, poiché è fondamentale per la piena comprensione della tutela inibitoria.

11.2. Gli ordini di protezione familiare.

Il dubbio circa la rilevanza dell'elemento soggettivo è stato prospettato anche all'indomani dell'introduzione degli art. 342-*bis* e 342-*ter* c.c., recanti la disciplina degli ordini di protezione contro gli abusi familiari.

Le disposizioni in questione, come si è visto precedentemente, non recano menzione di requisiti quali il dolo o la colpa, cionondimeno non sono mancate voci favorevoli a richiedere anche una rimproverabilità personale della condotta affinché l'abuso rilevi²²¹.

Sia la dottrina che la giurisprudenza, tuttavia, sembrano nettamente propense a seguire la soluzione opposta, ritenendo sufficiente, ai fini dell'emanazione degli ordini – in particolare, per quanto ci interessa, l'ordine di cessazione della condotta – la semplice sussistenza del requisito obiettivo, consistente nel grave pregiudizio recato ai familiari²²².

²²¹ V. riferimenti in RENDA, *L'abuso familiare*, in *Gli abusi familiari*, a cura di M. Paladini, Padova, CEDAM, 2009, p. 120 ss.

²²² RENDA, op. cit., p. 125; Trib. Rovereto, 26 luglio 2007 (citato in STELLA RICHTER, *Art. 342-bis*, in *La giurisprudenza sul Codice civile, Libro I – Delle persone e della famiglia – Art. 231-455*, a cura di S. Ruperto, Milano, Giuffré, 2011, p. 475). Si veda anche Trib. Terni, 26 settembre 2003, in *Foro it.*, 2005, I, c. 555, secondo cui la finalità della

Valido argomento a sostegno di questa tesi è la distinzione tra l'abuso – cui può adattarsi la nozione di illecito civile, in termini di violazione di diritti - ed il più grave fatto-reato, per il quale invece, in conformità ai principi, è richiesta anche l'imputabilità a titolo di dolo o di colpa²²³.

Anche questo indice normativo, pertanto, può validamente annoverarsi tra quelli che confermano il carattere oggettivo della tutela inibitoria, alla quale rimangono estranee valutazioni personali della condotta, rilevanti invece ai fini di altre sanzioni, di natura penale o genericamente afflittiva.

11.3. La diligenza nelle pratiche commerciali.

Un altro e recente riferimento normativo che dà luogo a discussioni è costituito dall'art. 20, comma 2, Codice del consumo, che reca la nozione di pratica commerciale scorretta oggetto del divieto contenuto nel primo comma del medesimo articolo.

Adeguandosi a quanto previsto dalla direttiva comunitaria, il legislatore italiano ha definito la pratica commerciale scorretta come quella che, allo stesso tempo, è contraria alla "diligenza professionale" ed è idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio, provvedendo altresì, all'art. 18 del medesimo Codice, a fornire la definizione di "diligenza professionale" come "*il normale grado della specifica competenza ed attenzione che ragionevolmente i*

disciplina è quella di "*impedire il protrarsi di comportamenti violenti in ambito familiare, gravemente pregiudizievoli per l'integrità fisica o morale ovvero la libertà dell'altro coniuge, a prescindere da qualsiasi indagine sulle cause di tali comportamenti e sulle rispettive colpe nella determinazione di tale situazione*".

²²³ RENDA, loc. ult. cit.

*consumatori attendono da un professionista nei loro confronti rispetto ai principi generali di correttezza e di buona fede nel settore di attività del professionista*²²⁴.

È notorio però che il concetto di diligenza, nella nostra tradizione giuridica, abbia un ruolo ben preciso nel diritto delle obbligazioni, ed in particolare – per quel che riguarda più da vicino il tema che si sta svolgendo – nella teoria della colpa: la conformità della condotta tenuta dall'autore del fatto al parametro della diligenza – prescindendo qui dalla questione se essa debba intendersi come diligenza media, *quam in suis*, o parametrata alle circostanze del caso concreto – segna infatti il limite al di là del quale egli è in colpa, e quindi responsabile delle conseguenze del fatto²²⁵; com'è stato efficacemente affermato, *“la diligenza, nella prospettiva della colpa e della responsabilità, viene in considerazione, non quale «estremo normativo» da accertarsi in sé e per sé, bensì quale oggetto di una «valutazione» ed è indivisibile da essa*²²⁶.

La presenza del concetto di diligenza (seppur declinata negativamente, come contrarietà ad essa) all'interno della definizione di “pratica commerciale scorretta” potrebbe allora rimettere in dubbio la coerenza sistematica di questa nuova disciplina, poiché la sanzione inibitoria verrebbe rivolta ora contro un comportamento da qualificare non più secondo un criterio strettamente oggettivo – la *iniuria* – bensì secondo quel parametro – la diligenza, appunto – che è l'oggetto della valutazione ai fini del giudizio di colpa.

²²⁴ Per dovere di precisione, occorre ricordare che la definizione di diligenza professionale data dal legislatore italiano non è pienamente coincidente con quella della direttiva, che parla di “*pratiche di mercato oneste*”: sul punto, v. FLORIDIA, in AA.VV., *Manuale di diritto industriale*, cit., p. 350. Cfr. anche LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Contr. impr.*, 2009, p. 89 ss.

²²⁵ BUSNELLI, voce “*Illecito civile*”, cit., pp. 9-10.

²²⁶ MAIORCA, voce “*Colpa civile*”, cit., § 33.

Il dubbio, tuttavia, può essere fugato, sia alla luce della stessa disciplina comunitaria, che sul punto – come si è visto in sede di analisi delle fonti – offre un dato normativo incontrovertibile, sia tenendo conto dell'interpretazione "oggettiva" che di quella clausola generale è stata data.

Quanto al primo argomento, valga ricordare che l'art. 11, alinea 2, della Direttiva 2005/29/CE prevede espressamente che, ferma restando la competenza degli Stati membri a disciplinare puntualmente gli strumenti e le modalità di contrasto avverso le pratiche commerciali sleali, sia in ogni caso previsto che l'Autorità competente – giurisdizionale od amministrativa, a seconda del modello di tutela prescelto dal singolo Stato membro – abbia il potere di inibire le pratiche commerciali sleali in atto o imminenti, senza che ai fini di tale giudizio rilevino la *intenzionalità* o la *negligenza* (*id est*, il dolo o la colpa) del professionista²²⁷.

Seguendo questa chiara indicazione normativa – che peraltro, essendo di fonte comunitaria, è vincolante per l'interpretazione della disciplina interna – si potrebbe già pervenire, con sufficiente serenità, alla conclusione che anche la materia delle pratiche commerciali scorrette, sotto il profilo dei presupposti della tutela inibitoria, si integra nel sistema e ne mantiene l'interna coerenza.

Quanto invece al secondo argomento – ove quello appena riferito non apparisse già di per sé sufficiente – merita prendere atto di due tendenze della dottrina, entrambe idonee ad escludere in radice che l'inibitoria di una pratica commerciale scaturisca da un giudizio condotto alla stregua della colpevolezza del professionista.

²²⁷ L'irrilevanza della negligenza ai fini inibitori, per cui conta solo l'antigiuridicità oggettiva, è chiaramente puntualizzata da LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 90 ss.

La prima tendenza consiste in una “oggettivazione” della diligenza professionale che discenderebbe dalla sua “traslazione” nella clausola di correttezza e buona fede (art. 18, lett. h, Codice del consumo), tale da trasformarla da criterio adoperato nella valutazione dell’impegno profuso dal debitore nell’adempimento in quello di parametro di conformità alle regole di condotta elaborate nell’interesse del consumatore²²⁸.

Analogo procedimento, ma più articolato e approfondito, è quello di chi attribuisce alla “diligenza professionale” un significato del tutto distinto dalla diligenza di cui all’art. 1176, comma 1, c.c.: mentre questa, infatti, conserverebbe il suo significato tradizionale, ed in particolare la natura di criterio di imputazione della responsabilità; quello, invece, condividerebbe con l’art. 1176, comma 2, c.c. il carattere di “*fonte di determinazione del contenuto dell’obbligo*” cui è tenuto il debitore (nel nostro caso, il professionista), ma in veste rinnovata, in quanto legato allo “*status*” che il professionista assume presso il pubblico e finalizzato alla “*salvaguardia dell’interesse del consumatore al compimento di processi cognitivi e decisionali consapevoli e all’esercizio della piena libertà negoziale*”²²⁹.

La seconda tendenza, invece, sceglie una via opposta, ma con risultati analoghi dal punto di vista che qui interessa: riconduce infatti la diligenza professionale nell’alveo della nozione generale di diligenza - ossia di criterio di giudizio finalizzato alla valutazione di una colpa -

²²⁸ FLORIDIA, op. cit., p. 351. Posizione non molto dissimile è quella di DE CRISTOFARO, *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti fra professionisti e consumatori: il d.leg. n. 146 del 2 agosto 2007, attuativo della direttiva 2005/29/Ce*, in *Studium iuris*, 2007, p. 1192-1193.

²²⁹ PIRAINO, *Diligenza, buona fede e ragionevolezza nelle pratiche commerciali scorrette. Ipotesi sulla ragionevolezza nel diritto privato*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, p. 1120 ss. Sulla stessa lunghezza d’onda sembrano essere GRISI, *Rapporto di consumo e pratiche commerciali*, ivi, 2013, p. 4 ss. e GUERINONI, *Pratiche commerciali scorrette. Fattispecie e rimedi*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 108. L’impostazione di fondo di questa tesi - in particolare la distinzione tra “diligenza professionale” e diligenza ordinariamente intesa - è stata condivisa anche in giurisprudenza: cfr. Cons. Stato, 31 gennaio 2011, n. 720.

ma confina la sua portata normativa alle sole conseguenze sanzionatorie (risarcimento del danno ed ammende), escludendo invece che essa giochi un ruolo ai fini della concessione dell'inibitoria; l'argomento dirimente per pervenire a tale conclusione, peraltro, viene trovato proprio nella formulazione dell'art. 11 della Direttiva, di cui s'è già dato conto²³⁰.

In definitiva, alla luce delle considerazioni che precedono, si può dunque confermare quanto precedentemente anticipato circa la rispondenza della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette ai caratteri fondamentali della tutela inibitoria, come finora delineati: si tratta di una tutela di tipo oggettivo, la cui finalità non è di accertare colpe per derivarne conseguenze di tipo afflittivo, bensì di determinare, nello scontro tra due interessi tra loro incompatibili, il limite all'esercizio dell'uno e, specularmente, il margine di libero e pacifico esercizio riservato all'altro²³¹.

12. Inibitoria e autotutela

Una miglior comprensione della tutela inibitoria passa anche attraverso l'analisi di un altro profilo, che la dottrina di solito non tiene in adeguato conto e la giurisprudenza raramente affronta, ma che in questa sede, al contrario, si ritiene possa essere profittevole per giungere ad una più chiara comprensione dell'istituto studiato.

Questo profilo riguarda il raffronto tra tutela inibitoria ed autotutela privata.

²³⁰ LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 90-91, 96.

²³¹ Ancora una volta si richiama l'insegnamento di TRIMARCHI, voce "Illecito", cit., § 11.

All'apparenza può sembrare che questi due strumenti di tutela dei diritti siano tra loro molto distanti: da una parte l'inibitoria, intesa come provvedimento interdittivo emesso da un'autorità istituzionalmente dotata del potere di impartire ordini; dall'altra parte, l'autotutela privata, che si manifesta fuori dalle ordinarie vie giurisdizionali - consistendo, secondo la comune definizione, in un "farsi giustizia da sé"²³² - e che inoltre, al di là del generico carattere di mezzo di reazione immediata contro l'altrui minaccia ai propri diritti, si presenta a ben vedere come una categoria composita, al cui interno confluiscono vari istituti non sempre e necessariamente connotati da una finalità inibitoria in senso stretto²³³.

Si troverebbero così ad esser comparate una forma di tutela avente una funzione specifica con un'altra avente una funzione variabile, a causa delle molteplicità di forme in cui questa si presenta.

Non solo di differenza, ma di netta opposizione sarebbe poi necessario discorrere quando si osservino i rispettivi ambiti di applicazione: l'una, l'inibitoria, che è manifestazione della ordinaria tutela dei diritti, rimessa alla pubblica autorità; l'altra che, invece, derogando eccezionalmente a quella competenza, consente di superare in casi limitati il divieto di farsi ragione da sé (cfr. art. 392-393 c.p., ma anche, in implicito, art. 2907 c.c.)²³⁴.

²³² V. BIANCA, voce "Autotutela", in *Enc. dir.*, cit., Agg. IV, 2000, § 4, *passim*; BIGLIAZZI GERI, *Autotutela (diritto civile)*, in *Rapporti giuridici e dinamiche sociali. Principi, norme, interessi emergenti. Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 273 ss.

²³³ Cfr. BIANCA, *op. ult. cit.*, § 7 ss., per una puntuale classificazione delle diverse funzioni svolte dai vari istituti di autotutela.

²³⁴ Sul divieto generale di autotutela e sulla sua attuale validità non sembra necessario adoperarsi in dimostrazioni; basti pertanto rinviare, *ex multis*, a BETTI, voce, "Autotutela", in *Enc. dir.*, cit., IV, 1959; BIGLIAZZI GERI, *Autotutela (diritto civile)*, cit., p. 274 ss.; BIANCA, voce "Autotutela", in *Enc. dir.*, cit., Agg. IV, 2000, § 6 *passim*; TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, 19a ed., Milano, Giuffrè, 2011, p. 34 ss.

Dinanzi a una simile prospettazione, verrebbe da dubitare della stessa omogeneità dei termini posti a confronto; e poiché è noto che essa sia requisito essenziale affinché un qualsiasi confronto possa essere razionalmente istituito, la necessaria conclusione sarebbe allora nel senso della mancanza di condizioni sufficienti per tentare un approfondimento utile.

In realtà, si ritiene qui che la relazione tra le due modalità di tutela in esame esista e abbia un particolare valore sistematico; per poterla comprendere adeguatamente, occorre però delimitare l'indagine ad una tra le diverse forme conosciute di autotutela, ossia a quella che è di solito rappresentata come il paradigma stesso della categoria: la legittima difesa (art. 2044 c.c., art. 52 c.p.).

Fino ad oggi, come si è accennato, la dottrina non sembra essersi interessata a seguire questo percorso argomentativo, soprattutto negli studi dedicati specificamente all'inibitoria²³⁵, e le tracce che ci sembrano più significative nella direzione prefigurata provengono da indicazioni solo collaterali, espresse a margine di recenti trattazioni in tema di autotutela e, in un passato poco più lontano, nel corso di approfondimenti sul concetto di tutela difensiva nel campo dell'illecito civile²³⁶.

Anche nella manualistica il collegamento è scarsamente segnalato, con almeno una autorevole eccezione che ad esso dedica un breve, seppur importante cenno²³⁷.

²³⁵ Cfr. ad esempio FRIGNANI, *L'injunction*, cit.: la sua trattazione è una delle più vaste in materia di inibitoria, eppure nel capitolo XI, riservato al raffronto tra quella e "altre forme di tutela", all'autotutela non è dedicato alcuno spazio. Stesso discorso vale per PIETROBON, *Illecito e fatto illecito, inibitoria e risarcimento*, cit. e per le varie voci enciclopediche più volte citate nel corso del presente studio.

²³⁶ Cfr., quanto alla tutela difensiva, CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza*, cit., p. 112 ss., mentre per i rapporti tra autotutela e tutela inibitoria, BIANCA, voce "Autotutela", in *Enc. dir.*, cit., § 7.

²³⁷ TRIMARCHI, *Istituzioni*, cit., pp. 149-150.

Nel primo di questi riferimenti, si è innanzitutto affermata l'esistenza di rimedi inibitori in autotutela quando questa assuma la funzione specifica di *"impedire un'attività illecita in corso o minacciata"*, e si è completato il quadro constatando sia che *"una forma di autotutela inibitoria sempre ammessa è rappresentata dalla legittima difesa"*, sia che, specularmente, *"al di fuori della legittima difesa non è lecito impedire con la violenza l'attività altrui"*²³⁸.

Nel secondo - di cui si è già avuto modo di parlare in precedenza - l'obiettivo primario è stato quello di ricostruire una nozione di illecito in senso stretto distinta dalla *"lesione che non si ha il dovere di subire"*: a prescindere dall'ammissibilità di tale ricostruzione, ciò che interessa ai nostri fini è notare come la categoria della tutela difensiva, che avrebbe caratterizzato il secondo dei due fenomeni, sia stata comunque individuata congiuntamente nelle azioni in cessazione e nella legittima difesa²³⁹.

Non pare invece che il tema sia stato particolarmente sviluppato dalla dottrina commercialistica, che pure si è trovata in molte occasioni ad affrontare casi interessanti di reazione ad atti di concorrenza sleale, in cui il problema era distinguere tra denigrazione ingiustificata (illecita) e denigrazione "difensiva" (ritenuta lecita, o più propriamente, legittima)²⁴⁰.

²³⁸ Citazioni tratte da BIANCA, *loc. ult. cit.*

²³⁹ CIAN, *op. cit.*, p. 117 ss.

²⁴⁰ Il problema della legittima difesa contro atti concorrenziali sleali è, ovviamente, ben noto alla dottrina e alla giurisprudenza (*ex multis* cfr. VANZETTI-DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, 7a ed., Milano, Giuffrè, 2012, p. 89; Cass., sez. I, 21 giugno 2000, n. 8442, in *Giur. dir. ind.*, 2000, p. 166 ss.; Cass., sez. I, 4 novembre 1998, n. 11047, in *Banche dati Foro it.*; Trib. Reggio Emilia, 9 dicembre 2005, in *Rep. Foro it.*, 2008, voce "Concorrenza (disciplina)", n. 163; App. Torino, 28 marzo 1984, *ivi*, 1984, n. 198), solo che non è sempre stata messa in luce con particolare forza la sua relazione con l'inibitoria. Ciò può avere una spiegazione plausibile nel fatto che la disciplina della concorrenza già prevede espressamente - e con una delle formule più complete -

In ogni caso, i riferimenti citati in precedenza schiudono una prospettiva di particolare importanza per lo studio dell'inibitoria, poiché suggeriscono l'idea che corra un rapporto di identità funzionale tra essa e la legittima difesa e, di conseguenza, aprono alla possibilità di trarre dalla seconda degli argomenti validamente spendibili nell'ambito della prima (sempreché, si intende, nei limiti di compatibilità con la funzione svolta) per risolvere – o almeno tentare di risolvere – alcune questioni sempre aperte.

A questo punto è doveroso svolgere alcuni approfondimenti.

a) Si è già visto che la legittima difesa – al pari, del resto, di ogni altra forma di “giustizia privata” – è vista come un mezzo eccezionale di tutela, nel senso che il suo valido esercizio è subordinato all'esistenza di precise condizioni stabilite dalla legge²⁴¹.

Il passaggio che però necessita di essere sottolineato – poiché fondamentale ai fini del ragionamento che si va seguendo – è che questa tassatività attiene solo ai *presupposti* per poter valersi della scriminante e non tocca la *funzione* che essa svolge nel sistema.

Le riflessioni maturate soprattutto nel diritto penale – dove del resto è collocata la sua disciplina sostanziale, poi implicitamente ri-

la sanzione inibitoria, mentre la legittima difesa “assume in realtà precipuo rilievo quasi esclusivamente con riferimento alla denigrazione” (VANZETTI-DI CATALDO, *loc. ult. cit.*). In controtendenza è invece Cass. 11047/1998 (citata sopra), nella cui motivazione viene pregevolmente sottolineata la portata generale della legittima difesa anche nell'illecito concorrenziale, “in quanto costitutiv[a] di una facoltà di reazione in funzione sia conservativa che restauratoria del diritto leso”.

²⁴¹ Il punto è pressoché pacifico: cfr. DIURNI, *Dei fatti illeciti*, art. 2044-2059, a cura di U. Carnevali, in *Comm. cod. civ.* diretto da E. Gabrielli, Torino, UTET, 2011, p. 3 ss., e, per le indicazioni provenienti direttamente dalla dottrina penalistica, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, 6a ed., Bologna, Zanichelli, 2010, p. 285 ss. e GROSSO, voce “Legittima difesa”, in *Enc. dir.*, cit., XXIV, 1974, § 8.

chiamata dall'art. 2044 c.c.²⁴² – permettono di tenere ben distinti questi due profili: su un piano, infatti, vi è la definizione dei *limiti positivi* entro cui è ammessa una misura che, in seno a un ordinamento informato al principio del ripudio dell'azione diretta, “viene consentita tuttavia eccezionalmente quando, stante l'incalzare del pericolo, lo Stato non è in grado di garantire alcun diverso mezzo legale di tutela”²⁴³; su un piano più profondo, invece, sta la sua intima *ratio*, che è quella di proteggere (*rectius*: lasciar proteggere) la persona e i suoi beni da ingiuste aggressioni (secondo il noto brocardo: *vim vi repellere licet*)²⁴⁴.

Così sommariamente delineata la sua essenza, la legittima difesa può allora esser ritenuta come una forma “minima” di tutela, rispondente ad un'esigenza insopprimibile di un ordinamento il quale, senza rinnegare affatto il suo impegno istituzionale a garantire la sicurezza della comunità che in esso si rappresenta, ma non potendo nemmeno non prendere atto dell'impossibilità di controllare pervasivamente ogni attività umana, lascia al singolo individuo l'esercizio di una funzione che ad esso ordinariamente compete, ossia la reazione – da intendersi non solo come successiva *punizione*, ma anche (e soprattutto) come immediato *impedimento*²⁴⁵ - avverso l'illecito²⁴⁶.

²⁴² Che la nozione civilistica di legittima difesa sia mutuata dall'art. 52 c.p. è cosa nota e largamente condivisa: *ex multis*, cfr. in dottrina BUSNELLI, voce “*Illecito civile*”, cit., p. 11; in giurisprudenza, Cass., sez. III, 28 agosto 2009, n. 18799, in *Rep. Foro it.*, voce “*Responsabilità civile*”, 2010, n. 351; Cass., sez. III, 25 febbraio 2009, n. 4492, *ivi*, 2009, n. 252; Cass., sez. III, 24 febbraio 2000, n. 2091, *ivi*, 2000, n. 198.

²⁴³ GROSSO, *loc. ult. cit.* Nello stesso senso, FIANDACA-MUSCO, *loc. ult. cit.*

²⁴⁴ FRANZONI, *L'illecito*, I, Milano, Giuffrè, 2010, p. 1135. Più in generale, cfr. ancora GROSSO, *loc. ult. cit.* e, per i risvolti filosofici di questo principio, CALORE, voce “*Legittima difesa (dir. can.)*”, in *Enc. dir.*, cit., XXIV, 1974, § 2 (il quale ne sottolinea il fondamento di diritto naturale).

²⁴⁵ Significativamente, infatti, GROSSO, *op. cit.*, § 8 (in fine), assegna alla legittima difesa la natura di sanzione giuridica declinata nel senso della “*impedibilità*”; rilievo di analogo tenore è quello di DIURNI, *Dei fatti illeciti*, cit., p. 3, che rifacendosi ad una risalente dottrina tiene a precisare – elemento, questo, significativo per la presente

Questi rilievi sono del resto coerenti con il principio secondo cui la legittima difesa è una *“scriminante la quale estende la sua efficacia al di là dei confini del diritto penale, fino a coprire l'intero arco dell'illecito, sia esso civile ovvero amministrativo”*²⁴⁷; ammissione, questa, che sarebbe peraltro difficile da smentire già alla luce del dato positivo: art. 52 c.p. per il settore penale; art. 2044 c.c. per quello civile.

b) L'ampiezza applicativa della legittima difesa si misura anche in punto di oggetto della tutela.

Altro insegnamento largamente condiviso è infatti quello secondo cui il *“diritto proprio o altrui”* di cui fa menzione l'art. 52 c.p. non è da intendersi come il diritto soggettivo in senso stretto, bensì deve riferirsi genericamente ad ogni interesse giuridicamente tutelato, patrimoniale o non²⁴⁸; si ha altresì cura di dare dimostrazione di questo assunto, rilevando che le norme penali, di solito, non sono attributive di diritti soggettivi nell'accezione civilistica, ma al contrario individuano *“beni nella sola forma dell'interesse obbiettivamente protetto”*, pertanto la restrizione della legittima difesa ai primi, con esclusione invece dei secondi, condurrebbe all'assurda soluzione di ritenere sicuramente autorizzata la reazione solo contro quegli atti che sono qualificati illeciti *“alla stregua di criteri di qualificazione meno pregnanti (norme extrapenali)”*²⁴⁹.

ricerca – che *“la legittima difesa opera contro un pericolo di lesione di un diritto, ma non reintegra il diritto leso”*.

²⁴⁶ Oltre alle opere già citate in argomento, cfr. altresì DE CUPIS, *Dei fatti illeciti – Art. 2043-2059*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Roma-Bologna, Zanichelli, 1971, p. 43, che riconosce alla legittima difesa un fondamento di *“ragion naturale”* tanto da ritenere superfluo l'art. 2044 c.c.

²⁴⁷ GROSSO, *loc. ult. cit.*

²⁴⁸ FIANDACA-MUSCO, *op. cit.*, p. 284.

²⁴⁹ GROSSO, *op. cit.*, § 4.

Qui non si affronta, peraltro, lo spinoso tema della nozione attualmente valida di diritto soggettivo²⁵⁰; basti dire che, ove si segua la tendenza ad allargarne la portata, fino a renderne una nozione ampia come quella di “interesse giuridicamente protetto” e nulla più, allora non si porrà nemmeno il problema interpretativo sopra menzionato e risulterà ancora più agevole affermare che la legittima difesa vale contro ogni tipo di aggressione ingiusta alla propria (o alla altrui) sfera giuridica.

Stabiliti questi punti fermi circa la posizione occupata dalla legittima difesa nell'ordinamento, occorre però tener conto di un possibile ostacolo all'equiparazione funzionale con l'inibitoria, dato dal tipo di condotte materiali contro cui l'una e l'altra sono rispettivamente poste a presidio: la seconda, come si è più volte ripetuto (ma trattasi del resto della sua caratteristica maggiormente distintiva), mira ad impedire illeciti continuativi, o permanenti, o comunque suscettibili di ripetersi nel tempo, mentre la prima, come mostra anche il semplice dato della prassi, si rivolge essenzialmente contro illeciti istantanei o, in ogni caso, destinati a consumarsi in un lasso di tempo particolarmente breve.

Questa ipotetica obiezione, tuttavia, non pare in grado di toccare il ragionamento qui seguito.

In primo luogo, non vi sono limitazioni normative al tipo di condotta astrattamente suscettibile di integrare l'“offesa” prevista dall'art. 52 c.p.: si insegna infatti che è ammessa legittima difesa anche in ipotesi di pericolo perdurante, quando “*non essendosi del tutto esaurita l'offesa,*

²⁵⁰ Su cui si veda la Parte prima del trattato, curata da GRAZIADEI, in AA.VV., *Il diritto soggettivo*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da R. Sacco, Torino, UTET, 2001, p. 3 ss. (in part. Sez. II, § 7, per i profili di attualità delle nozioni classiche).

non si è ancora completato il trapasso dalla situazione di pericolo a quella di danno effettivo"²⁵¹.

In secondo luogo, è sempre il dato della prassi a confermare che la giustificazione della legittima difesa può essere addotta anche a fronte di condotte passibili di continuazione, per le quali la parte lesa potrebbe agire domandando l'inibitoria (specie in forma di provvedimento cautelare): esempi evidenti ne sono i casi già citati di "contro-denigrazione", in cui i giudici hanno avallato le reazioni di imprenditori contro i concorrenti sleali, quando sussistevano tutti i requisiti della scriminante ed in particolare quello della proporzione tra difesa e offesa.

Proprio su quest'ultimo aspetto può essere citato un altro esempio interessante, anch'esso offerto dal settore concorrenziale: si tratta del caso passato al vaglio di Cass. 13 febbraio 2009, n. 3640, in cui un'associazione professionale, citata in giudizio da un'impresa di servizi che la accusava di aver posto in essere un'attività di boicottaggio nei suoi confronti, consistente nell'invito agli associati a disdire i contratti in corso con l'impresa stessa, si difendeva eccependo che l'attività svolta da quest'ultima era illecita, poiché i servizi che essa prestava erano oggetto di riserva a favore di soggetti iscritti all'albo professionale²⁵².

La Corte ha statuito ribadendo l'ovvia regola di rivolgersi all'autorità competente per ottenere giustizia, nonché l'illegittimità degli atti di boicottaggio, ma con riguardo a questi ultimi sembra aver lasciato aperto uno spiraglio, laddove ha censurato il comportamento dell'associazione professionale per non avere quantomeno distinto tra i servizi non oggetto di riserva – per i quali l'illiceità del boicottaggio era fuor di dubbio – e quelli esercitati invece *contra legem*.

²⁵¹ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 284.

²⁵² La sentenza può esser letta in *Foro it.*, 2010, I, c. 1901 ss.

Non si può affermare con certezza – perché questo la Corte non lo dice apertamente, lo adombra soltanto – che un boicottaggio “mirato”, o per meglio dire “proporzionato”, avrebbe ricevuto una diversa considerazione da parte dei giudici; ciò che però interessa notare, anche in questo caso, è l’emersione del legame tra una reazione attuata di propria iniziativa e una reazione “giudizialmente controllata”, diverse evidentemente nelle modalità di esecuzione, ma analoghe in punto di finalità perseguita.

Se le osservazioni esposte fino a questo punto sono valide, la prima conclusione cui si ritiene di giungere può essere formulata attraverso la seguente domanda: ammesso che legittima difesa e inibitoria siano accomunate dalla funzione di impedire l’atto illecito, perché si riconosce pacificamente che oggetto della prima sia qualsiasi interesse giuridicamente rilevante, mentre della seconda si predica ancora la tipicità degli interessi oggetto di tutela?

Si tratta a ben vedere di due affermazioni che non possono ragionevolmente coesistere, poiché si finisce per riconoscere al privato un potere di reazione all’illecito di più ampia portata rispetto a quello del giudice, che invece è istituzionalmente preposto alla tutela dei diritti²⁵³.

L’elemento centrale su cui ruota la legittima difesa, come si è visto, è quello che il testo di legge, utilizzando una terminologia di stampo penalistico, chiama “offesa ingiusta”, ma che, adattato ad un lessico più familiare al civilista, può essere nominato più semplicemente come “atto illecito”; lo stesso atto illecito inteso come condotta umana diretta a violare l’altrui diritto - *contra ius* - e priva di una giustificazione - *non iure* - cui l’ordinamento, naturalmente, fa seguire una censura che può assumere varie forme: una sanzione afflittiva, ove la condotta abbia ri-

²⁵³ Non si condivide qui, pertanto, la posizione di DE CUPIS, *Il danno*, cit., p. 11.

levanza penale o amministrativa, ovvero una sanzione civile, che non è necessariamente solo quella risarcitoria.

Ciò che rileva, infatti, è il tipo di aggressione, la modalità dell'offesa: l'inibitoria si giustifica non in base alla qualità dell'interesse tutelato, poiché è il fatto stesso che esso sia riconosciuto come rilevante dall'ordinamento a giustificarne la tutela, pena un'inammissibile contraddizione²⁵⁴; essa si giustifica, invece, tenendo conto da un lato del contenuto del diritto da tutelare, dall'altro del tipo di impedimento o di interferenza frapposta dal terzo alla realizzazione di tale diritto²⁵⁵.

13. Riconduzione ad unità

Nel corso della trattazione che precede si è avuto modo di esprimere varie conclusioni in merito alle varie problematiche emerse in tema di tutela inibitoria e, in particolare, alla nozione di atto illecito.

Giunti al termine di questa parte, si tenterà perciò di tirare le somme di tali risultati, ricercando una nozione di atto illecito che, per quanto generica e incapace di cogliere i dettagli di ogni sua manifestazione concreta, permetta tuttavia di allontanare certi equivoci sorti nel corso degli anni.

Nel procedere in questa operazione, si prenderà spunto da un recente studio di un'autorevole dottrina, più volte citato, che si è peritato

²⁵⁴ Cfr. BIGLIAZZI GERI-BRECCIA-BUSNELLI-NATOLI, *Diritto civile*, I, cit., p. 278 ss.

²⁵⁵ Procedimento, questo, che può dirsi in linea con la fondamentale direttiva indicata da TRIMARCHI, voce "*Illecito*", cit., § 11, circa la complessità del giudizio di illiceità.

di riproporre il tema dell'illecito come categoria ordinante del diritto civile²⁵⁶.

Il punto di partenza (ma potremmo dire: di ri-partenza) che viene proposto è addirittura apicale, poiché si rinviene nella Costituzione.

Si è già accennato, in apertura del presente studio, al tentativo di trovare nella Carta degli appigli normativi capaci di dare una copertura costituzionale all'inibitoria; tendenzialmente l'attenzione si è concentrata sull'art. 24, e sulla sua capacità di affermare un principio di effettività che avrebbe imposto come necessaria l'estensione di tale forma di tutela, o a livello generale, o quantomeno a presidio dei diritti inviolabili dell'uomo come desumibili dall'art. 2 Cost.

Essa infatti avrebbe permesso di raggiungere quel grado di efficacia nella salvaguardia dei diritti che, eminentemente nell'area del non-patrimoniale, sarebbe stata imprescindibile per poter ritenere veramente realizzato il programma contenuto nella norma stessa.

La disposizione costituzionale che invece viene richiamata dalla dottrina qui in esame è quella dell'art. 28 Cost., concernente, com'è noto, la responsabilità dei funzionari della P.A.

Nonostante la sua settorialità e l'apparente irrilevanza, questa norma esprimerebbe invece delle indicazioni molto utili ai fini della ricostruzione di un concetto affidante di illecito.

Il primo "segno" sarebbe dato dalla "violazione di diritti".

Torna qui una formula che si è già vista in vari momenti nel corso del presente studio, ma che non è sempre stata pacificamente accolta dalla dottrina, specie quella più risalente.

Oggi, invece, grazie anche agli interventi normativi di fonte comunitaria (si vedano, per tutte, le norme in materia di tutela collettiva

²⁵⁶ BUSNELLI, *Atto illecito e contratto illecito: quale connessione?*, cit..

dei consumatori) si è definitivamente affermata l'idea che l'illecito civile non sia mera "violazione della norma", ma si basi sempre e comunque su atti lesivi di altrui diritti (in altri termini, la dimensione del *contra ius*, tante volte ribadita).

Allo stesso tempo, la *iniuria* si manifesterebbe anche nel richiamo alle "leggi civili" che governerebbero l'illecito e che, sempre a detta della tesi in esame, manifesterebbero l'altro imprescindibile suo elemento: l'azione *non iure*.

Il punto più interessante, comunque, lo si rinviene in punto di definizione di "responsabilità": non sarebbe, questa, espressione sinonima di "responsabilità civile", dal momento che non si esprimerebbe alcun "*collegamento necessario col risarcimento del danno*"²⁵⁷.

Si tratterebbe allora di una nozione generale di responsabilità, analoga a quella impartitaci dall'insegnamento di Maiorca, in termini di risposta ad un fatto offensivo, dalla quale "*è, in sé e per sé, estranea ogni indicazione circa i requisiti soggettivi del presupposto della responsabilità*"²⁵⁸.

Il che pare attagliarsi perfettamente alla sanzione inibitoria, che, come si è visto, prescinde dalla colpa dell'agente e risponde puramente al disvalore dell'atto, in sé considerato, rispetto al valore che l'ordinamento riconosce nel diritto oggetto di aggressione.

Un ultima notazione conclusiva sul punto, che peraltro si rifà anche a quanto già espresso trattando del problema del danno.

È noto che il "fatto illecito" dell'art. 1173 c.c. sia pacificamente considerato, quasi fosse un diretto rinvio, quello degli artt. 2043 ss. c.c., con le loro conseguenze risarcitorie; perché allora non pensare che proprio quello stesso art. 1173 c.c. – che pure contiene i rinvii alle altre fonti di obbligazioni note, per di più con una clausola di chiusura aperta ai

²⁵⁷ BUSNELLI, op. cit., p. 883.

²⁵⁸ MAIORCA, voce "*Responsabilità (teoria generale)*", cit., § 1.

fatti “idonei a produrre obbligazioni secondo l’ordinamento giuridico”
– non contenga, in realtà, quella nozione di “atto illecito” – definito nei termini di cui sopra – capace di giustificare la sanzione inibitoria per ogni illecito che ne presenti idonea struttura?

CAPITOLO III

FORMA E SOSTANZA DELLA TUTELA INIBITORIA

1. Le questioni rilevanti. Gli effetti della sentenza.

Il punto relativo agli effetti della sentenza inibitoria è certamente molto complesso e per quanto appaia di stretta competenza processuale, presenta delle questioni che lo studioso di diritto sostanziale non può esimersi dall'affrontare.

Occorre infatti analizzare almeno tre aspetti: a) in primo luogo, la natura della pronuncia di inibizione; b) in secondo luogo, la questione del contenuto e dei limiti temporali di questi effetti; c) in terzo luogo, l'annoso problema dell'esecuzione della sentenza.

Le indicazioni dottrinarie e giurisprudenziali relative al primo e al terzo profilo non mancano; certo è che si tratta di temi che, a quanto appare, hanno interessato molto di più la scienza processualista che non quella civilista, ma questo non deve stupire: lo studio degli effetti della sentenza e della sua esecuzione, infatti, si colloca naturalmente entro il perimetro degli interessi della prima, mentre la seconda è tendenzialmente indotta a concentrarsi sulla individuazione dei *presupposti* della tutela, più che delle sue *conseguenze*, attraverso una precisa definizione della relativa situazione giuridica sostanziale²⁵⁹.

²⁵⁹ Cfr. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, vol. I, Giappichelli, Torino, 2012, p. 97 ss. Da non dimenticare, tuttavia, l'insegnamento di NICOLÒ, voce "Codice civile", in *Enc. dir.*, cit., VII, 1960, § 5, con riferimento agli istituti raccolti nel VI Libro del Codice, "apparentemente diversi, nella loro struttura e nella loro funzione, ma in

Il secondo aspetto, invece, sembra aver ricevuto davvero poca attenzione da parte degli studiosi, che solo in rari casi si sono posti il problema della “durata” della tutela, ossia l’estensione del divieto di ripetere il comportamento, accertato come illecito, nella dimensione temporale²⁶⁰.

In questa scansione, come si sarà notato, si è parlato chiaramente di “sentenza”, avendo riguardo al provvedimento conclusivo di un processo ordinario di merito e destinato come tale al passaggio in giudicato, con il preciso scopo di limitare l’indagine al momento che realizza pienamente la “tutela” del diritto violato, attraverso una statuizione definitiva e stabile; non si affronterà invece direttamente la questione dei provvedimenti cautelari che, come si è visto in precedenza, pur potendo presentare una piena analogia con la sentenza definitiva di merito, specie sotto il profilo del contenuto e della struttura, rimangono comunque attratti, per loro stessa natura, nell’ottica della strumentalità rispetto al processo di merito.

realtà idealmente collegati tra loro da un saldo legame teleologico, avendo tutti una funzione strumentale per assicurare, in via preventiva o in via successiva, l'attuazione del diritto soggettivo". Della centralità del diritto sostanziale, "punto di partenza, oggetto e punto d'arrivo del meccanismo processuale" ammonisce anche LUISO, Diritto processuale civile, vol. I, Giuffré, Milano, 2000, p. 6.

²⁶⁰ Possiamo annoverare, tra questi, LIBERTINI, *La tutela civile inibitoria*, in *Processo e tecniche*, cit., p. 352 e CAPONI, *Efficacia dell'inibitoria nel tempo*, nota a Cass., sez. III, 14 giugno 2001, n. 8056, in *Foro it.*, 2002, I, c. 1487. Il punto viene sfiorato anche da MATTEI, *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria*, cit., p. 379, ma solo nel limitato ambito dell’art. 844 c.c. e per dar ragione dell’ipotesi opposta, in cui il giudice nega l’inibitoria al proprietario del fondo immesso ed autorizza la prosecuzione di una attività industriale per la quale non vi sono, allo stato, tecnologie esigibili al fine di contenere le immissioni.

2. La natura della sentenza inibitoria.

2.1. Ipotesi del mero accertamento.

Molto si è dibattuto, nella dottrina specialistica del processo civile, intorno alla natura giuridica della sentenza che commina l'inibitoria.

Volendo qui sintetizzare i termini di una lunga e, a quanto sembra, non ancora risolta discussione, possiamo constatare come la letteratura processualistica presenti all'attenzione del lettore pressoché tutte le soluzioni possibili nel quadro della teoria generale delle azioni civili, così come ci viene consegnata dal tradizionale insegnamento secondo cui le pronunce giudiziali (di cognizione) si distinguono in tre grandi categorie, ossia sentenze di mero accertamento, di condanna e costitutive²⁶¹.

²⁶¹ L'insegnamento, che notoriamente si fa risalire al Chiovenda, è tuttora accolto dal pensiero dominante della dottrina processuale: si vedano, tra i molti, LUIISO, *Diritto processuale civile*, vol. I, Giuffré, Milano, 2000, p. 10 ss.; CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, vol. I, Giappichelli, Torino, 2012, p. 147 ss.; MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile* (a cura di A. Carratta), vol. I, Giappichelli, Torino, 2010, p. 47 ss.; CHIZZINI, *Artt. 2907-2909*, in CIAN-TRABUCCHI, *Commentario breve al Cod. civ.* (a cura di G. Cian), CEDAM, Padova, 2009, p. 3646 ss.; FAZZALARI, voce "Sentenza civile", in *Enc. dir.*, vol. XLI, 1989, § 4-5; ID., voce "Tutela giurisdizionale dei diritti, ibidem", vol. XLV, § 5. In senso conforme, cfr. anche BUSNELLI, *Della tutela dei diritti*, in BIGLIAZZI GERI-BUSNELLI-FERRUCCI *Comm. cod. civ.*, Libro VI, t. 4°, UTET, Torino, 1964, p. 195; DE LISE - COSSU, *Libro VI - Della tutela dei diritti*, art. 2900-2969, in *Comm. teorico-pratico al cod. civ.* diretto da V. de Martino, PEM, Roma-Novara, 1981, p. 191. La classificazione è confermata, di recente, da PROTO PISANI, *I diritti e le tutele*, in *Tratt. dir. civ. del Cons. Naz. del Notariato*, IX, 2, ESI, Napoli, 2008 (peraltro all'interno di una trattazione che non si limita al campo della cognizione ordinaria, ma si estende ai provvedimenti esecutivi, sommari e cautelari, tutti analizzati dal punto di vista della

Si rinvencono così dottrine – tendenzialmente, quelle più risalenti – che ascrivono la tutela inibitoria all’ambito delle sentenze di mero accertamento; altre – per vero, minoritarie – che ne danno una lettura in termini di tutela costitutiva; altre ancora – che già da tempo sembrano aver prevalso sul campo, e che oggi, per quanto si dirà, possono trovare nello stesso diritto positivo un importante elemento di conferma – secondo cui la pronuncia inibitoria rappresenta una ordinaria condanna²⁶².

Procedendo con ordine, ed iniziando con la prima delle tesi appena segnalate, è opportuno premettere un cenno in merito al quadro concettuale entro cui essa si svolge e che è determinante per comprenderne il senso.

Questa tesi parte dal presupposto che tra sentenza di condanna ed esecuzione forzata corra una relazione di dipendenza: non nel senso (ovvio) che l’esecuzione possa essere iniziata solo quando il titolo giudiziale presenti la formula del “comando” ad adempiere, né che la caratteristica essenziale della prima sia la possibilità di realizzarne le statuizioni a mezzo della seconda; ma nel più radicale senso che un provvedimento giudiziale che non sia suscettibile di costituire titolo esecutivo non possa essere utilmente qualificato come “condanna”, considerando che, altrimenti, si giungerebbe ad una sorta di contraddizione interna al sistema, che da un lato si incaricherebbe di dichiarare, a mezzo del processo di cognizione, l’obbligo di prestazione imposto al convenuto per soddisfare il diritto violato della controparte, mentre dall’altro

tutela concretamente offerta, ossia della idoneità – intesa in termini di “effettività”: art. 24 Cost. - a soddisfare l’interesse a favore del quale sono posti a presidio).

²⁶² I termini entro i quali si è svolta discussione sono specificamente trattati da RAPISARDA, *Profili della tutela civile inibitoria*, cit., p. 185 ss.

lato non offrirebbe a quest'ultimo alcuno strumento utile per ottenere, in concreto, tale soddisfazione²⁶³.

L'azione inibitoria, calata in questo ordine di idee, non potrebbe allora che assumere una natura di accertamento, e mai di condanna, essendo intuitivo constatare l'impossibilità tecnica di far eseguire forzosamente, ad opera di terzi, un obbligo di astensione che è per sua intrinseca natura infungibile e che, quindi, non può che esser adempiuto dal solo obbligato²⁶⁴.

L'adesione a questa teoria concede al massimo di discutere intorno all'utilità ed all'efficacia, se non alla necessità, delle cd. misure compulsive che inducano l'obbligato ad adempiere spontaneamente per non incorrere in forme di afflizione di varia natura (civile, o addirittura

²⁶³ Quella appena esposta rappresenta la teoria classica, di cui offrono una sintesi PETRUCCI, voce "Condanna", in *Enc. dir.*, vol. VIII, Giuffré, Milano, 1961, § 1-3 (il quale, tuttavia, si dichiara favorevole ad ammettere la tutela di condanna per le obbligazioni infungibili) e, più recentemente, CONSOLO, *Spiegazioni*, cit. p. 154 ss. Si vedano altresì, sempre nel solco della tradizione, i chiari rilievi introduttivi di PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Giuffré, Milano, 1935 (oggi raccolto in *Scritti giuridici*, vol. I, Giuffré, Milano, 2008, p. 739 ss.). Questa concezione è ribadita nettamente anche da MANDRIOLI, *Corso*, cit., p. 24 ("quando la cognizione ha funzione preparatoria rispetto all'esecuzione, il provvedimento che la conclude prende il nome di condanna").

²⁶⁴ La catalogazione delle inibitorie nella tutela di mero accertamento è stata sostenuta da ATTARDI, *L'interesse ad agire*, CEDAM, Padova, 1955, p. 120 ss., ma ancora oggi si legga, in senso analogo, CHIARLONI, *Esecuzione indiretta. Le misure coercitive ai sensi dell'art. 614-bis c.p.c.*, nel portale *Treccani.it*, sub § 2.3. Il problema, inoltre, si colloca nel più generale tema della eseguibilità di obbligazioni infungibili (fare e non fare), ampiamente dibattuto nei contributi raccolti in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, cit., vol. I, *passim*, cui si rinvia (si veda in particolare la relazione di MAZZAMUTO, *Problemi e momenti dell'esecuzione in forma specifica*, p. 453 ss.). Sul concetto di infungibilità, si veda da ultimo POLETTI, *Sull'infungibilità degli obblighi di cui all'art. 614 bis c.p.c.*, in *Giur. it.*, 2014, p. 3 ss.

penale); ma anche in questi casi, essa trova gioco facile nell'addurre l'argomento secondo cui la realizzazione del diritto segue comunque ad un adempimento spontaneo – per quanto indotto dalla minaccia della sanzione ulteriore – e non forzoso²⁶⁵.

È possibile rilevare fin da subito un senso di svalutazione che questo pensiero, di fatto, manifesta nei confronti della tutela inibitoria: confinarla alla categoria del mero accertamento, infatti, finisce inevitabilmente per privare di ogni concreto significato la relativa sentenza sotto il profilo degli effetti, peculiari e caratterizzanti, che a tale forma di tutela dovrebbero seguire.

Come è stato condivisibilmente osservato, *“sul piano pratico l'inibitoria, così concepita, non avrebbe maggior significato che quello di un richiamo del convenuto al rispetto dei doveri comunque su di lui incombenti”*²⁶⁶.

È inoltre cosa ovvia che il momento dell'accertamento sia presente in qualsiasi giudizio di cognizione e sia esso stesso il fondamento dell'autorità di cosa giudicata che accompagna la sentenza (art. 2909 c.c.), prima ancora delle statuizioni che il giudice pronuncia a difesa del diritto violato (e che, seguendo questa dottrina, di fatto mancherebbero nelle inibitorie).

Osservando il fenomeno da un punto di vista strettamente sostanziale, non si può che richiamare la migliore dottrina civilistica, che

²⁶⁵ A ben vedere, però, già all'epoca delle prime discussioni sul punto – ed in particolare al tempo in cui Attardi esprimeva il suo pensiero in merito all'inibitoria –, le misure compulsive (o *astreintes*, che dir si voglia) non erano una semplice proposta teorica *de iure condendo*, ma costituivano diritto vigente: si vedano l'art. 83, comma 2, R.D. 1127/1939, o l'art. 63, comma 2, R.D. 929/1942, relativi alla violazione di inibitorie a tutela, rispettivamente, di brevetti e marchi.

²⁶⁶ LIBERTINI, *La tutela civile inibitoria*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, cit., vol. I, p. 318.

già da tempo, dopo aver passato in rassegna e criticato le opposte opinioni di coloro che affermavano, alternativamente, la natura dichiarativa ovvero costitutiva dell'accertamento, ne ha messo in chiara luce l'aspetto fondamentale e caratteristico: l'effetto preclusivo²⁶⁷.

Orbene, a seguire la tesi in esame, si dovrebbe pervenire alla conclusione che le conseguenze di una inibizione giudiziale si risolverebbero, in buona sostanza, nello stesso effetto preclusivo, nel senso che la sentenza, priva di un autonomo valore oltre quello (certo, non insignificante) dato dalla certezza giuridica su un determinato fatto e dalla conseguente autorità sulla relativa qualificazione, potrebbe offrire all'attore, in concreto, il solo vantaggio di contare su una *res iudicata* in forza della quale avanzare *successivamente*, all'occorrenza, una pretesa risarcitoria per la sua ripetuta violazione; in ciò sottintendendo, evidentemente, la necessità di promuovere un nuovo e ulteriore processo, nel quale egli sarà sì esonerato dal provare l'illiceità della condotta del convenuto (in quanto già affermata dal precedente giudicato), ma dal quale non potrà ottenere che un risarcimento del danno secondo le regole ordinarie²⁶⁸.

²⁶⁷ Sono esemplari in questo senso le pagine di FALZEA, voce "Accertamento (teoria generale)", in *Enc. dir.*, vol. I, 1958, *passim*. Si vedano in senso conforme BUSNELLI, *Della tutela dei diritti*, in BIGLIAZZI GERI-BUSNELLI-FERRUCCI *Comm. cod. civ.*, Libro VI, t. 4°, UTET, Torino, 1964, p. 209 ss. (in part. p. 212: "in realtà, accertamento e preclusione sono due fenomeni di teoria generale, legati da un irreversibile nesso eziologico in base al quale essi si pongono rispettivamente come fatto e relativo effetto"); DE LISE - COSSU, *Libro VI - Della tutela dei diritti*, art. 2900-2969, in *Comm. teorico-pratico al cod. civ.* diretto da V. de Martino, PEM, Roma-Novara, 1981, p. 200 ss.

²⁶⁸ In effetti, questo sembrerebbe essere il punto di vista assunto da Cass., sez. I, 25 luglio 1995, n. 8080 (in *Dir. ind.*, 1996, p. 776 ss., con nota di VANZ), che pure dà credito alla contraria tesi della condanna.

In definitiva, la teoria qui esposta, come hanno sottolineato i suoi critici, non fa altro che ricondurre la tutela giurisdizionale sempre e comunque nello schema tradizionale della *repressione*, svalutandone ingiustificatamente la funzione *preventiva*²⁶⁹: quest'ultima, relegata nello spazio angusto del mero accertamento, verrebbe privata di una concreta utilità e la protezione offerta dal processo si risolverebbe così, in ultima istanza, in una ordinaria tutela risarcitoria, priva di connotazioni latamente "penali" (o più genericamente sanzionatorie) ed attivabile dalla vittima dell'illecito di volta in volta, al presentarsi di ogni nuova violazione²⁷⁰.

2.2. Ipotesi del provvedimento costitutivo.

Occorre ora soffermarsi sulla tesi, minoritaria ma comunque supportata da solidi argomenti, che vede nell'inibitoria una manifestazione di tutela costitutiva (o più correttamente, *costitutivo-determinativa*)²⁷¹.

Questa tesi è stata riproposta, in tempi recenti, con riguardo alla tutela collettiva dei consumatori, per cercar di ricavarne soluzioni utili al complesso problema degli effetti che le inibitorie, azionate vittorio-

²⁶⁹ RAPISARDA, *Profili*, cit., p. 188.

²⁷⁰ "Un'inutile dichiarazione che l'attore avrà azioni di rivendica [...] o di risarcimento o di «ripristino» se si verificheranno concreti comportamenti lesivi": così, recisamente, MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da F. Vassalli, 2a ed., UTET, Torino, 1994, p. 223, riferendosi alla concezione esaminata.

²⁷¹ MONTESANO, *La tutela giurisdizionale*, cit., p. 152 ss. ed in particolare p. 222 ss., cui mostra di aderire LIBERTINI, *La tutela civile inibitoria*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, cit., vol. I, p. 320 (riferendosi chiaramente alla precedente edizione - anno 1985 - dell'opera di Montesano).

samente dalle associazioni rappresentative, spiegano nei confronti dei singoli consumatori²⁷².

Il carattere distintivo di questa teoria consiste nel concepire l'“ordine” di cessazione emanato dal giudice come fonte di un nuovo assetto del rapporto tra le parti, analogamente a quanto accade con le sentenze costitutive menzionate dall'art. 2908 c.c.²⁷³.

Più precisamente, si parte dalla constatazione che nel nostro ordinamento esistano numerose situazioni in cui al giudice è demandato il potere di determinare il contenuto concreto di un rapporto, che è già individuato nei suoi termini soggettivi dalla legge o dal contratto, ma non è ancora sufficientemente specificato per ricevere pratica attuazione, prevedendo la sua fonte, al massimo, i criteri cui attenersi per svolgere detta opera di determinazione.

In questi casi, il giudice si troverebbe di fronte a norme “più «elastiche» di altre”, tali da porlo in un ruolo che non è quello del mero at-

²⁷² MARINUCCI, *Gli effetti della sentenza inibitoria prevista dall'art. 1469sexies c.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 216 ss.

²⁷³ MONTESANO, *op. cit.*, p. 155 ss. Si è messa tra virgolette la parola “ordine” poiché lo stesso Montesano (*op. cit.*, p. 222) dichiara apertamente - e condivisibilmente - il suo rifiuto a concepire le sentenze inibitorie come “ordini di giustizia”, penalmente sanzionati. Per una concezione opposta, si veda invece CORRADO, *I marchi dei prodotti e dei servizi*, UTET, Torino, 1972, p. 431 ss., e *infra*, nel testo. Di difficile inquadramento, invece, è la posizione assunta da PIETROBON, *Illecito e fatto illecito, inibitoria e risarcimento*, Padova, CEDAM, 1998, p. 153, il quale, dopo aver negato all'inibitoria sia la natura di condanna, sia quella di mero accertamento, perviene a una definizione di “ordine” come “statuizione di una regola sostanziale a carico di un soggetto, decisione che integra il regolamento giuridico”; nozione, questa, che sembrerebbe voler fare dell'inibitoria un *genus* autonomo di provvedimento giurisdizionale, ma che in ultima analisi finisce per presentare i tratti caratteristici delle sentenze determinative trattate nel testo.

tuatore di una regola predeterminata dalla legge, ma nemmeno del creatore di una regola del tutto nuova: parallelamente a quanto accade in via bonaria nei contratti con oggetto da determinarsi (artt. 1346, 1349 c.c.), la sua decisione darebbe un *“compimento di costituzione”* ad un *“rapporto già nato”* e pertanto i suoi effetti, *“comportando modificazioni sostanziali”*, andrebbero *“compresi fra quelli di cui parla l’art. 2908 c.c., ma insieme distinti da quelli interamente costitutivi”*²⁷⁴.

Le inibitorie rientrerebbero a pieno titolo all’interno di questo paradigma, poiché l’ordine di cessazione altro non sarebbe che *“la compiuta specificazione, in concreti comportamenti, [...] del generale (ed ancora in parte generico, quando il giudice è adito) «dovere di astensione»”*²⁷⁵.

A conclusioni ancora più nette è pervenuto chi, invece, ha affermato che *“qui si può propriamente parlare di effetto costitutivo, e non semplicemente determinativo, poiché il giudice non si limita a fissare la misura di una prestazione [...], ma stabilisce un «regolamento di confini» tra interessi diversi e stabilisce la qualità e la quantità di ciò che è dovuto”*²⁷⁶.

²⁷⁴ MONTESANO, *op. cit.*, p. 155; ID., voce *“Obbligo a contrarre”*, in *Enc. dir.*, vol. XXIX, 1979, *passim* (ma soprattutto § 4); BUSNELLI, *Della tutela dei diritti*, cit., p. 201. Per le origini della categoria *“sentenze determinative”* cfr. CAPONI, *L’efficacia del giudicato civile nel tempo*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 71 ss.

²⁷⁵ MONTESANO, *La tutela giurisdizionale*, cit., p. 224.

²⁷⁶ LIBERTINI, *op. cit.*, p. 320. Va dato atto, tuttavia, di quella che appare come una parziale correzione di tiro su questo punto: nel successivo saggio *Nuove riflessioni in tema di tutela civile inibitoria e di risarcimento del danno*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, concludendo una prima serie di rilievi, ma senza sconfessare l’impostazione di fondo propria del Suo precedente lavoro – in particolare, la critica alla concezione del mero accertamento – , l’Autore afferma (pag. 392) che l’inibitoria *“costituisce tipica espressione della tutela di condanna”* (per quanto, poco oltre, ribadisca trattarsi di *“obbligazione di fonte giudiziale”*).

Gli argomenti addotti non mancano di forza persuasiva e rendono una rappresentazione certamente realistica del fenomeno, supportata, del resto, già a partire da quella letteratura manualistica che si perita di sottolineare la peculiarità della tutela inibitoria, *“contigua a quella di condanna”*, ma che allo stesso tempo *“si avvicina [...] alla categoria delle sentenze costitutive, che innovano il diritto sostanziale”*, quasi a farne un *genus* ibrido, caratterizzato da tratti comuni all’una e all’altra²⁷⁷.

Chiunque osservi il fenomeno, del resto, è in grado di percepire il cambiamento che si verifica - quantomeno nel grado di conoscenza, per le parti in causa, dell’estensione del diritto azionato e, rispettivamente, del contenuto del dovere imposto - tra il momento antecedente e quello successivo all’emissione di un *“ordine”* inibitorio, visto che un divieto dai contorni più o meno vaghi si concretizza in una interdizione avverso una condotta specifica, il che spiega il frequente ricorso all’argomento della *“innovazione del diritto sostanziale”*.

Ancora, potrebbe apparire proficuo l’accostamento tra la tutela inibitoria, tra i cui effetti pratici vi è quello di comporre stabilmente un contrasto tra titolari di diritti esercitati in modo tra loro incompatibile, e uno degli esempi paradigmatici di tutela costitutiva, ossia l’art. 2932 c.c., in cui il giudice, con proprio atto d’imperio, crea un nuovo rapporto (qui, di natura contrattuale) teso anch’esso a regolare per il futuro i rapporti tra le parti.

Sul piano pratico tale opera di concretizzazione svolgerebbe pertanto il fondamentale ruolo di contribuire alla certezza dei rapporti giu-

²⁷⁷ Citazioni tratte da CONSOLO, *Spiegazioni*, cit., rispettivamente alle pp. 164 e 165.

ridici tra i privati, mediante una definizione - seppur legata al singolo evento - dei rispettivi obblighi e facoltà.

A ben vedere, però, non sembra che queste osservazioni esauriscano il *proprium* della tutela inibitoria.

In primo luogo, svolgimenti di contenuto analogo hanno caratterizzato - e già da molto tempo, come ci mostrano le testimonianze della dottrina²⁷⁸ - il dibattito formatosi intorno alla stessa nozione di sentenza, ivi compresa quella di accertamento, che pur manifestando una natura solo dichiarativa porterebbe comunque una "novità" sul piano giuridico, proprio sotto il profilo della acquisita certezza della situazione giuridica oggetto di contestazione.

Ancora una volta, quindi, una qualità che si vorrebbe caratteristica di una particolare classe di sentenze finirebbe per rivelarsi, più semplicemente, come la naturale esplicazione di un carattere proprio di ogni giudizio e perderebbe così ogni capacità distintiva della *species* in seno al *genus*²⁷⁹.

In secondo luogo, si pone primariamente un problema generale relativo alla stessa delimitazione concettuale della tutela costitutiva, specie se rapportata alla categoria delle sentenze determinative.

Potendo qui solo sfiorare il tema, basti far riferimento ad alcuni approfondimenti, fatti in tempi relativamente recenti da autorevoli dottrine, per comprendere come la tutela costitutiva, in realtà, presenti trat-

²⁷⁸ Si vedano i termini del dibattito efficacemente riassunti da BUSNELLI, *Della tutela dei diritti*, in BIGLIAZZI GERI-BUSNELLI-FERRUCCI *Comm. cod. civ.*, Libro VI, t. 4°, Torino, 1964, p. 202 ss. La novità data dalla sentenza rispetto alla situazione preesistente si trova ancora nettamente sottolineata nelle trattazioni generali: cfr. FAZZALARI, voce "*Sentenza civile*", cit., § 5.

²⁷⁹ Cfr. FAZZALARI, *loc. ult. cit.*, in cui la constatazione dell'accertamento quale elemento comune ad ogni tipo di giudizio di merito.

ti troppo eterogenei per permetterne una ricostruzione unitaria affidante²⁸⁰.

Secondo un autorevole punto di vista, le diverse figure in cui essa si manifesta presentano, ad una prima analisi, un tratto comune dato dall'esigenza del *controllo* giudiziale su particolari attività private, ma di questa stessa giustificazione, già di per sé generica, viene percepita l'insufficienza quando non si tratti di spiegare norme che richiedono solo la verifica *ex post* sull'esercizio dei poteri privati, ma si tratti invece di *"disporre effetti che, per la loro natura, complessità, importanza (si pensi alla materia degli status, matrimoniali e familiari, o a quella societaria o alla applicazione di sanzioni) si è ritenuto politicamente opportuno che vengano prodotti dal giudice, pur se su domanda di parte"*²⁸¹; in questi casi, ancor più nettamente viene in rilievo *"l'ambito di poteri e competenze che sono propri e istituzionali dei giudici e non dei privati [onde trattasi di competenza originaria e non derivata dei giudici]"*²⁸².

²⁸⁰ Rinnovando l'avvertenza circa i limiti del presente studio, ci si limita ancora a rinviare alle opere di DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., p. 361 ss. (da notare che in quella parte della trattazione l'Autore non fa menzione di inibitorie), e di PROTO PISANI, *I diritti e le tutele*, cit., p. 123 ss., in part. p. 147 ss. Netta è la percezione, negli scritti di questi Autori – a cui si affianca anche RASCIO, *Appunti in tema di tutele costitutive*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, cit., p. 545 ss., p. 558 ss. –, del rifiuto verso la relazione tradizionalmente istituita tra tutela costitutiva e diritti potestativi.

²⁸¹ Per questa chiave di lettura, cfr. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., p. 370 ss.; ma non si trascuri l'ammonimento dell'Autore secondo cui *"la formula del controllo non appare del tutto idonea a dare una spiegazione della tutela costitutiva"*, con la conclusione che *"questa forma di tutela assolve a diverse finalità, non riconducibili ad unum"* (p. 373).

²⁸² DI MAJO, op. cit., p. 371.

Secondo altra dottrina, invece, l'area di rilevanza della tutela costitutiva dovrebbe essere addirittura ridotta alle sole "*ipotesi di azioni costitutive c.d. impeditive o estintive di rapporti giuridici preesistenti*", in particolare a quelle in cui l'effetto non è conseguibile autonomamente dalle parti (cd. "diritti potestativi a necessario esercizio giudiziale"), rimanendone "*espunte tutte le ipotesi di azioni dirette a costituire nuovi rapporti giuridici*"²⁸³.

Che la tutela inibitoria rientri in quei casi di esclusiva competenza giudiziale è ovviamente da escludersi: l'intervento del giudice, infatti, è reso necessario semplicemente dalla presenza di un conflitto di interessi che non si presenta distinto da una qualsiasi altra, ordinaria lite, mentre il risultato cui perviene con la sentenza potrebbe benissimo essere raggiunto - senza necessità alcuna di forme particolari di controllo giudiziale - dalle parti stesse mediante accordo²⁸⁴.

Escluse queste *rationes*, dunque, rimarrebbe effettivamente come unica strada praticabile quella di concepire l'intervento giudiziale non in termini di "*controllo*", bensì di "*integrazione*", ben rappresentata dalla *species* delle sentenze determinative.

²⁸³ Così PROTO PISANI, op. ult. cit., p. 151, nel solco di una radicale critica portata all'intera categoria delle sentenze costitutive. Gli argomenti addotti dall'illustre Autore sono molto persuasivi, specie in relazione all'inquadramento sistematico dell'art. 2932 c.c., ma rimane il dubbio che la sua ricostruzione porti, di fatto, ad una *interpretatio abrogans* dell'art. 2908 c.c., che pure autorizza l'autorità giudiziaria a "costituire", non solo a "modificare" o "estinguere" rapporti giuridici.

²⁸⁴ Questo aspetto è percepibile soprattutto se si condivide l'approccio dei giuristi più vicini alla *Economic Analysis of Law*, che tra le varie caratteristiche della tutela inibitoria sottolineano in particolare la funzione di indurre le parti - ma più che altro quella la cui attività è stata inibita - a ricercare una negoziazione: cfr. COOTER-MATTEI-MONATERI-PARDOLESI-ULEN, *Il mercato delle regole - 1. Fondamenti*, Bologna, Il Mulino, 2006, cap. II, *passim*.

A questo punto, però, occorre fermarsi di fronte ad una constatazione: non è affatto pacifico che la semplice individuazione di una “nuova regola”, che vada a completare un rapporto dal contenuto sì determinabile, ma comunque preesistente, sia sufficiente, per classificare una sentenza come effettivamente “costitutiva”.

Basti pensare alle già richiamate sentenze ex art. 2932 c.c. che fanno luogo del contratto definitivo a seguito della mancata esecuzione del preliminare, per meglio comprendere come in questa ed in altre situazioni omologhe non sia dato tanto discorrere di *nuova regola*, quanto piuttosto di *nuovo rapporto* (inteso, seppur genericamente, come un nuovo assetto di situazioni giuridiche *non* preesistente), in ciò non facendo altro, del resto, che mantenere stretta adesione al lessico utilizzato nell’art. 2908 c.c.²⁸⁵; e quand’anche non convincesse questa distinzione tra *rapporto* e *regola* in seno alla norma appena menzionata – si potrebbe infatti obiettare, in prima battuta, ma con sovrapposizione di piani tra loro distinti, che nella stessa nozione di obbligazione convivono il concetto di rapporto giuridico e quello di regola di condotta, in cui si sostanzia il dovere di prestazione – basterebbe risalire a quelle stesse affermazioni della dottrina qui esaminata, già citate in precedenza, in cui viene riconosciuto che nelle sentenze determinative il *rapporto* è già *nato*, per comprendere che tra le due situazioni – semplice integrazione

²⁸⁵ Ovviamente il catalogo delle sentenze costitutive è ben più lungo ed eterogeneo e l’esecuzione dell’obbligo di contrarre, l’annullamento e la risoluzione dei contratti non ne sono che alcune – seppur le più significative – tra le possibili manifestazioni. Per una disamina di ampio raggio, osservata nella prospettiva del civilista, cfr. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., p. 361 ss.; nella prospettiva del processualista, cfr. PROTO PISANI, *I diritti e le tutele*, cit., p. 147 ss., il quale addirittura ritiene che l’esecuzione specifica ex 2932 c.c. sia affatto estranea all’area della tutela costitutiva, trattandosi piuttosto di tutela ad un tempo dichiarativa ed esecutiva.

di una regola; creazione *ex novo* di un rapporto - vi è una differenza di fondo tutt'altro che irrilevante²⁸⁶.

Anche coloro i quali hanno criticato la tesi in esame, del resto, non hanno negato che le ipotesi elevate a modelli di "sentenze determinative" siano accomunate dalla presenza di norme elastiche: ciò che invece hanno rifiutato è stata o la loro configurabilità *tout court* come categoria autonoma, oppure - anche ammessa tale autonomia - la loro inclusione nel novero delle sentenze costitutive, affermando che anche in quei casi l'attività del giudice "*non è espressione di un particolare potere «determinativo»*", ma si esplica in un ordinario accertamento, solo caratterizzato da un "*maggior impegno interpretativo*" da parte sua²⁸⁷.

Questo, dunque, sembra essere il nodo del discorso: non tanto la caratterizzazione delle inibitorie come sentenze "determinative" (sempreché di queste non si neghi l'esistenza), quanto la loro riconduzione,

²⁸⁶ Cfr. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., p. 388 ss. circa la distinzione funzionale tra sentenze costitutive in senso proprio e sentenze determinative (queste ultime ricondotte, comunque, nel *genus* di una tutela costitutiva che va così ad assumere caratteri polimorfi). In questo senso appare allora più coerente la secca classificazione dell'inibitoria tra le sentenze costitutive *tout court*, come ha fatto LIBERTINI.

²⁸⁷ La critica più radicale è espressa da PROTO PISANI, *I diritti e le tutele*, cit., p. 157 ss. (che riprende il saggio "*Appunti sulla cd. tutela costitutiva*", già in *Riv. dir. proc.*, 1991), mentre le citazioni appartengono al suo allievo CAPONI, *L'efficacia del giudicato*, cit., pp. 74-75. Nello stesso senso, peraltro, si veda già l'accenno in RAPISARDA, *Profili della tutela civile inibitoria*, cit., p. 238-239. Si veda anche FAZZALARI, voce "*Sentenza civile*", cit., § 5, che riconduce la sentenza determinativa a quella di condanna (offrendo al contempo, però, una rappresentazione alternativa della nozione di sentenza, vista come vero e proprio atto di volontà del giudice, e correlativamente del concetto di "costitutività", che sarebbe comune ad ognuna di esse).

tramite il ricorso a tale categoria processuale - peraltro dagli incerti confini²⁸⁸ - nell'area della tutela costitutiva.

Di fronte a queste difficoltà, il problema dell'inquadramento della tutela inibitoria potrebbe sembrare addirittura irrisolvibile, con le differenti soluzioni a contendersi il campo sulla base di argomenti altrettanto opinabili.

Nel tentativo di portare un po' di chiarezza, è opportuno ripartire da un punto che pare essere davvero essenziale e che sviluppa la constatazione manifestata in precedenza: la cd. "*nuova regola*" con cui si usa descrivere in generale la fenomenologia delle sentenze determinative, e nel particolare quella delle inibitorie, rischia di diventare espressione ambigua se non si chiarisce che la "*novità*" attiene solo al *contenuto* dell'obbligo imposto per mezzo della sentenza, ma non anche alla *fonte* del medesimo.

È significativo, del resto, che una buona parte degli argomenti spesi per giustificare l'autonomia concettuale della categoria in discussione tragga origine dalla materia contrattuale, e nello specifico dalla disciplina sull'integrazione dell'oggetto del contratto, in ciò presupponendo esplicitamente che la fonte di obbligazione - e si ricordi che il fatto illecito, al pari del contratto, è una fonte: art. 1173 c.c. - già esista²⁸⁹.

Un'altra indicazione utile viene poi fornita dall'insegnamento secondo cui il tratto distintivo tra sentenze dichiarative e costitutive risiede nella diversa funzione svolta dal giudice: mentre nelle prime gli effetti "*innovativi*" del giudicato si esauriscono in quelli propri dell'accertamento (e riguardano la sentenza come *fatto giuridico*), nelle

²⁸⁸ Cfr. CHIZZINI, *Artt. 2907-2909*, cit., p. 3657, che riferisce di una "*discussa autonomia concettuale*" di tale categoria.

²⁸⁹ Cfr. MONTESANO, *Obbligo a contrarre*, loc. ult. cit.

seconde, invece, “*gli effetti (costitutivi) debbono ricondursi alla volontà del giudice e, in definitiva, si ricollegano alla sentenza quale atto giuridico*”²⁹⁰.

Se queste premesse sono valide, riesce difficile pensare alle sentenze di contenuto inibitorio come genuinamente “costitutive”, e ciò per il semplice motivo che la *fonte* dell’obbligo (negativo) di cessazione, in cui esse pacificamente si sostanziano, non si riesce ad individuare tanto nell’atto del giudice, quanto piuttosto nello stesso atto illecito; è direttamente dal compimento di questo che dovrebbe discendere, sul piano del diritto sostanziale, un obbligo di desistenza a carico dell’autore della condotta vietata, non già da un’autonoma determinazione giudiziale.

L’inibitoria, pertanto, si rivela come un provvedimento *necessario* affinché l’autore, recalcitrante a cessare di sua spontanea volontà l’attività (accertata come) illecita, sia allora costretto a farlo in forza di un comando giudiziale²⁹¹.

Opinare diversamente – specie a favore della costitutività in senso stretto del provvedimento – significherebbe in buona sostanza che, prima dell’intervento risolutivo del giudice, sull’autore dell’illecito non incomba alcun obbligo di cessare la sua attività, che così verrebbe ad es-

²⁹⁰ BUSNELLI, *op. cit.*, pp. 201-202 (da tener presente che, nella concezione di questo Autore, la *species* “sentenza determinativa” deve essere ricompresa nel *genus* delle sentenze costitutive). Evidentemente la distinzione non rileva per chi, come FAZZALARI, *loc. ult. cit.*, vede in ogni sentenza un atto di volontà del giudice.

²⁹¹ La necessità di cui si è fatto cenno nel testo costituisce, in ultima analisi, la ragione essenziale che porta BLOCH (*La cessation de l’illicite*, cit., *passim*) ad affermare, come nucleo essenziale della sua tesi, la *doverosità* e non la *discrezionalità* del giudice civile ad impartire provvedimenti interdittivi avverso gli illeciti da lui accertati. Si è già dato atto in precedenza della diversità del contesto normativo francese rispetto a quello italiano, ma non pare che ciò impedisca di individuare in questo preciso punto uno degli argomenti più seri a sostegno della generalità della tutela inibitoria.

sere, ad un tempo, illecita e non (ancora) proibita; precisare, a parziale temperamento di questa estrema conclusione, che un obbligo preesistente in realtà sussiste, ma non è ancora efficace in quanto mancante di sufficiente determinazione, potrebbe sì salvare l'impianto teorico, ma non parrebbe condurre a differenze pratiche di rilievo.

Non è tutto: la comparazione della tutela inibitoria con quella tipicamente intesa come costitutiva di cui all'art. 2932 c.c. può consentire un'ulteriore riflessione.

Nei due casi, infatti, si potrebbe ravvisare un'identità di situazioni data dal fatto che, come si è poc'anzi ribadito, un rapporto giuridico si è già costituito tra parti: in un caso, il rapporto è nato in forza di un contratto, ovvero è istituito da particolare norma (ad es.: art. 1706 c.c.), che obbliga una parte a stipulare un contratto con (o comunque a porre in essere un atto in favore de) l'altra; nell'altro caso, il rapporto è sorto con la commissione dell'illecito (e darà luogo all'inibitoria).

È evidente che a fronte di questa apparente somiglianza permane tuttavia una differenza sostanziale.

Nel primo caso, è lecito parlare di tutela costitutiva poiché l'atto del giudice permette di surrogare la volontà della parte obbligata ma inadempiente, realizzando così forzosamente un effetto giuridico di cui è ben percepibile la *novità*: la concessione della tutela, infatti, comporta o l'acquisto di un diritto che il legittimato all'esercizio dell'azione prima non aveva, o la modificazione/estinzione di diritti (o di obblighi) che già aveva in capo.

Nell'ipotesi più frequente nella prassi, che è quella dei contratti preliminari di acquisto poi rimasti ineseguiti, la novità si manifesta nella costituzione di un rapporto contrattuale, di contenuto conforme alle pattuizioni del preliminare, che tiene luogo a tutti gli effetti del contratto definitivo non stipulato poiché mancò il consenso della controparte.

Nel secondo caso, questa novità non può dirsi sussistente, quantomeno per la parte relativa all'obbligo di futura astensione che il giudice impone all'autore dell'illecito.

2.3. Inibitoria, rimozione e misure coercitive nella teoria costitutiva.

Il discorso appena fatto potrebbe invece valere – ma solo in via di ipotesi – con riguardo a due diversi profili.

a) Da un lato, potrebbe parlarsi di effetto costitutivo con riguardo alla tutela di rimozione, ossia a quelle determinazioni che il giudice disponga *a latere* della inibizione in senso stretto e che il lessico normativo attuale, con crescente frequenza, indica come “provvedimenti idonei” o “misure necessarie” ad eliminare gli effetti della violazione (v. art. 140 cod. cons.; art. 143 cod. privacy; art. 3, L. 67/2006); misure, queste, che si atteggiavano evidentemente come obblighi di fare “positivi”, strumentali alla restaurazione di una situazione di liceità (o più precisamente, di conformità al titolo che legittima l'esercizio del diritto violato).

Va precisato, al tal riguardo, come una netta distinzione di questi provvedimenti rispetto all'inibitoria – intesa in senso stretto, come puro ordine di astensione – tenda a sfumare, se non ad apparire irrilevante, per l'influsso esercitato dalle opinioni che concepiscono una nozione “ampia” di inibitoria, comprensiva di contenuti sia negativi (genuino obbligo di *non fare*), sia positivi (obbligo di *fare*)²⁹².

²⁹² In generale, cfr. FRIGNANI, voce “Inibitoria”, in *Enc. dir.*, cit., XXI, 1971, § 7; ID., *L'injunction*, cit., p. 459 ss. Per una equiparazione delle due forme, cfr. anche, di recente, MAGNO, *L'azione inibitoria collettiva in materia di anatocismo bancario*, in *Contr. e impr.*, 2010, p. 1017 ss., e CONTI, *Ai nastri di partenza l'inibitoria a tutela degli interessi*

È quest'ultimo un insegnamento molto diffuso sia in dottrina che in giurisprudenza²⁹³, ma dal cui uso improprio una parte degli interpreti mette in guardia quando rileva che, specie in certe ipotesi tipiche, come quella dell'art. 844 c.c. o dell'art. 2564 c.c., gli ordini "positivi" che solitamente vengono emessi *a latere* dell'inibitoria, in ossequio a prassi consolidate, non costituiscono realmente una reazione a violazioni omissive di originari obblighi di *facere*, ma finiscono per atteggiarsi a prescrizioni tecniche che il giudice si incaricherebbe di imporre direttamente al convenuto (accorgimenti per rendere tollerabili le immissioni; modificazioni della ditta); questi provvedimenti, tiene a specificare la dottrina in questione, non potrebbero esser considerati vincolanti, ma assumerebbero solo valore di suggerimento tecnico, di consiglio utile per consentirgli di proseguire lecitamente l'attività²⁹⁴.

Quella stessa distinzione, invece, è ben presente nella dottrina tedesca, attenta a separare la cd. *Beseitigungsanspruch* – definibile come "pretesa all'eliminazione delle conseguenze" dalla cd. *Unterlassungsanspruch*

collettivi ex art. 3 l. n. 281/1998, nota a Trib. Torino, ord. 3 ottobre 2000, in *Corr. giur.*, 2001, p. 389 ss. (in part., v. p. 396), con specifico riguardo agli artt. 37 e 140 cod. cons.

²⁹³ Per la prima, v. nota precedente, cui *adde* DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., p. 145; per la seconda, cfr. *ex multis* Cass., sez. lav., 12 giugno 1997, n. 5295, cit.; Trib. Milano, ord. 21 dicembre 2009, in *Foro it.*, 2010, I, c. 1627 ss.; Trib. Palermo, 20 febbraio 2008, *ivi*, 2008, I, c. 2475 ss.; Trib. Palermo 29 maggio 2006, *ivi*, 2006, I, c. 2542 ss.

²⁹⁴ FRIGNANI, *L'injunction*, cit., pp. 290 ss., 326, 461 ss.; con riferimento all'art. 844 c.c., v. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, cit., p. 525-526, il quale, dopo aver constatato la prassi giudiziale di ordinare l'adozione degli accorgimenti suggeriti dal CTU, nota come sarebbe "più consono adottare invece il principio per cui il giudice prescrive nella sua inibitoria l'eliminazione, o la riduzione entro certi limiti, del fenomeno immissivo lasciando all'autonomia dell'imprenditore l'individuazione degli accorgimenti necessari".

– intesa invece come “*pretesa all’omissione*”²⁹⁵ –, e di cui, a ben vedere, vi è traccia anche nel nostro Codice civile, quando nell’art. 1079 vengono menzionate autonomamente la domanda tesa a “far cessare gli eventuali impedimenti e turbative” da quella finalizzata a “chiedere la rimessione delle cose in pristino”.

Mantenendo le due tutele su due piani distinti, come del resto anche la nostra dottrina non manca di fare²⁹⁶, si potrebbe dunque predicare la costitutività con riguardo a tutte quelle misure che presuppongono l’esercizio di una discrezione giudiziale – basata su criteri di valutazione come l’opportunità o la necessità²⁹⁷ – all’esito della quale la par-

²⁹⁵ In questi termini vengono sinteticamente descritti i contenuti delle due azioni da HAUSMANN, *L’esperienza tedesca*, in *Azione inibitoria e interessi tutelati*, cit., p. 174. Testimonianza conforme ci perviene da DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., p. 160, che riconduce la *Beseitigungsanspruch* alla *restitutio in integrum*, distinguendola dalla inibitoria in senso stretto che invece “*guarda al pericolo di future lesioni*”.

²⁹⁶ PIETROBON, *Illecito e fatto illecito*, cit., p. 156 ss.

²⁹⁷ Di “misure necessarie” si parla, ad esempio, nell’art. 150, comma 2, D.lgs. 196/2003 (Codice della privacy). La sottile precisazione fatta nel testo ha lo scopo di richiamare l’attenzione su un punto importante, relativo ai limiti dell’autonomia decisionale del giudice. Fermo restando il suo dovere di pronunciarsi sulla domanda di parte, e tenendo altresì presente che di solito è quella stessa domanda ad indicargli il contenuto del provvedimento ritenuto idoneo (seppur sempre dal punto di vista della parte), non sembra affatto irrilevante precisare che i criteri cui egli si deve attenere nel determinare il *quomodo* della “rimozione degli effetti” – cfr. artt. 2599 c.c.; art. 140 cod. cons. – devono essere quelli della necessità e della effettività: occorre cioè che le prestazioni imposte alla parte siano strumentalmente *idonee* al ripristino della legalità (per una *effettiva* tutela della parte lesa), ma allo stesso tempo limitate a quanto *necessario*, e non oltre, per il raggiungimento di tale finalità (ciò affinché il trasgressore non sia ingiustificatamente penalizzato). Queste paiono essere indicazioni sostanzialmente equilibrate, di cui può trovarsi traccia nei vari dati normativi, pur caratterizzato da una incostanza di linguaggio: talvolta infatti le disposizioni si esprimono in termini di “idoneità” (art. 8, D.lgs. 231/2002; art. 140 cod. cons.; art. 28 D.lgs. 150/2011), talaltra di

te risulti destinataria non solo del divieto di ripetere la condotta illecita, ma anche degli obblighi di provvedere al compimento di ulteriori attività, tese a ripristinare il pieno esercizio del diritto violato²⁹⁸: in questi casi, infatti, molto più che nel capo della sentenza relativo alla inibitoria in senso stretto, si percepirebbe l'ampio potere determinativo delegato al giudice e, di conseguenza, sarebbe comprensibile un atteggiamento interpretativo prudente – se non scettico, a ben vedere, nei confronti del ruolo svolto dall'autorità giudiziaria – che riconduca le azioni di rimozione entro il perimetro concettuale del “nuovo rapporto” di cui fa menzione l'art. 2908 c.c.

Anche da questo punto di vista, però, la dottrina non ha mancato di far notare che il problema sarebbe solo in apparenza diverso, e si porrebbe nei riguardi della “rimozione” nei medesimi termini in cui si pone con riguardo alla “cessazione”: entrambe avrebbero in comune il carattere di sanzione caratteristica dell'illecito, pertanto eguale ne dovrebbe essere il trattamento nell'alternativa tipicità/atipicità²⁹⁹.

“necessità” (v. sopra, art. 150 Codice *privacy* e art. 10 D.lgs. 150/2011), altre volte ancora di “opportunità” (art. 2599 c.c.) oppure non indicano alcun criterio (art. 28 St. Lav.; art. 15 L. 903/1977; art. 44 T.U. L. 286/1998; art. 38 D.lgs. 198/2006). Ciò vale sempreché non si ritenga che le diverse formulazioni, nei singoli casi, impongano effettivamente il ricorso a criteri diversi; il che, tuttavia, parrebbe bisognoso di dimostrazione, vista la diversità di trattamento che si genererebbe sotto il profilo del limite della necessità. Per una rilevazione del problema in termini generali - e con soluzione sostanzialmente analoga a quella appena proposta – cfr. FRIGNANI, *L'injunction*, cit., p. 524.

²⁹⁸ Cfr. AA.VV., *Manuale di diritto commerciale*, ideato da V. Buonocore, 11a ed., Torino, Giappichelli, 2013, p. 147 ss.: “mentre il rimedio inibitorio ha una struttura semplice, consistendo in un ordine del giudice avente ad oggetto il divieto di continuare a reiterare il comportamento censurato, più articolato si presenta il rimedio restitutorio [...]”.

²⁹⁹ PIETROBON, loc. ult. cit.

b) Da altro lato, analogo ragionamento potrebbe valere relativamente alle misure coercitive che accompagnano il comando inibitorio e che presentano una natura penale, seppur eventuale in quanto condizionata all'occasione di eventuali altre violazioni³⁰⁰; lì sussiste infatti un evidente potere discrezionale del giudice sull'*an* del provvedimento e non potrebbe certo pensarsi ad un analogo potere del privato leso di imporre alla controparte questa sorta di "multa".

Tutto ciò – in particolare, sarebbe coerente, peraltro, con la funzione di garanzia che essenzialmente connota la norma da ultimo citata, nel momento in cui, limitando l'intervento creativo del giudice ai "casi previsti dalla legge", assegna alla tutela costitutiva un carattere di tipicità³⁰¹.

³⁰⁰ Contra MAZZAMUTO, *L'esordio della comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c. nella giurisprudenza di merito*, in nota a Trib. Terni 6 agosto 2009, in *Giur. it.*, 2010, p. 638 ss., in part. p. 646 ss., che nega la qualifica di "sanzione" alla misura recentemente introdotta, e di portata generale, dell'art. 614-bis c.p.c. (ma su questo si rinvia oltre, nel testo).

³⁰¹ Il punto risulta essere largamente acquisito: cfr. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., p. 391. Quest'ultimo, peraltro, dichiara di dissentire da quella che viene riconosciuta come la *communis opinio*, e allo scopo individua una serie di ipotesi in cui la tutela costitutiva, contrariamente a quanto si è portati a credere, tende ad apparire tutt'altro che "eccezionale"; in particolare, l'A. pone mente proprio alle sentenze costitutivo-determinative, che rappresenterebbero un tipico esempio di superamento di tale eccezionalità, visto che le pretese da cui esse originano potrebbero esser fatte valere in ogni caso in cui si presenti un rapporto *in via di costituzione*, bisognoso di essere integrato (pp. 393-394). A ben vedere, però, nella sua analisi l'illustre Autore non manca di individuare, caso per caso, il fondamento normativo che giustifica l'intervento del giudice; sembra pertanto doversi dedurre che, ammessa la "non-eccezionalità" del rimedio, non ne esce però scalfito il (differente) principio di tipicità.

2.4. Ipotesi del provvedimento amministrativo.

Per completare il panorama di opinioni, e prima di procedere all'esame degli argomenti a sostegno della natura condannatoria del provvedimento giudiziale inibitorio, non può mancare la menzione di una tesi originale che, tuttavia, non risulta aver avuto seguito nel diritto applicato.

Questa teoria consiste essenzialmente nell'attribuire all'ordine di cessazione la natura di provvedimento amministrativo³⁰².

Partendo dal presupposto che *"la coesistenza di un atto giurisdizionale accertativo di una preesistente situazione di obbligo attualmente operante, con un atto parimenti giurisdizionale che imponga l'osservanza dell'obbligo accertato sembra inutile, poiché nella prima pronuncia è implicita la seconda e l'una e l'altra si risolvono in un mero richiamo alla norma"* – qui riprendendo, all'evidenza, argomentazioni di cui si è già dato conto –, la dottrina in questione perviene alla conclusione che *"le sentenze inibitorie costituiscono decisioni dal contenuto complesso, nelle quali all'accertamento del diritto si accompagna un provvedimento amministrativo, che imponga una certa condotta per l'avvenire"*³⁰³; ulteriore precisazione rilevante è quella secondo cui *"il provvedimento amministrativo che imponga l'osservanza di un obbligo preesistente tra le privati può avere rilevanza autonoma costitutiva di una nuova situazione di dovere e di responsabilità tra autorità che ha emanato il provvedimento e il soggetto che ne è destinatario"*³⁰⁴.

Dai passi appena riportati emergono di nuovo le difficoltà di inquadrare l'inibitoria negli schemi tradizionali: si continua infatti a ravvisare in una eventuale condanna ad osservare l'obbligo violato

³⁰² CORRADO, *I marchi dei prodotti e dei servizi*, Torino, UTET, 1972, p. 430 ss.

³⁰³ ID., *loc. ult. cit.*

³⁰⁴ ID., *loc. ult. cit.*

un'inutile ripetizione della norma (argomento che, come si è visto, viene speso per qualificare la relativa sentenza come meramente accertativa); si continua, al contempo, a percepire la novità di una "situazione di dovere" che non può semplicemente risolversi in una specificazione del preesistente obbligo di *neminem laedere* (il che, invece, è argomento decisivo per sostenere la natura costitutiva del giudizio).

La tesi in questione si incarica così di compiere un passo ulteriore rispetto a questa seconda teoria, specie rispetto alla sua forma più elaborata quale è quella della tutela cd. costitutivo-determinativa proposta dal Montesano: viene infatti superata l'idea che il giudice, in quei casi, operi entro i confini di una giurisdizione *contenziosa* e gli si assegna invece il ruolo di vero e proprio pubblico amministratore, dotato essenzialmente del potere di emettere un provvedimento avente "*una rilevanza autonoma costitutiva di una nuova situazione di dovere e di responsabilità fra l'autorità che ha emanato il provvedimento e il soggetto che ne è destinatario*"³⁰⁵.

La cornice teorica entro cui si muove questa dottrina è dunque analoga a quella propria della tutela costitutiva, ma con la fondamentale differenza che l'ordine del giudice non mantiene qui una natura giurisdizionale, bensì amministrativa; come emerge dal passo appena riportato, infatti, il rapporto giuridico costituito all'esito dell'accoglimento di una inibitoria non va ad instaurarsi tra le parti litiganti, ma tra destinatario dell'ordine di inibizione e autorità emanante, nella prospettiva di una "*destinazione a imporre su un piano pubblicistico l'adempimento di un obbligo fra privati*" coerente con "*la presenza dell'interesse pubblico a tutela del quale la norma sarebbe predisposta*"³⁰⁶.

³⁰⁵ ID., *loc. ult. cit.*

³⁰⁶ ID., *loc. ult. cit.*

Lo scopo - reso esplicito, del resto, dallo stesso Autore - cui tende una simile lettura è fondamentalmente quello di ottenere un guadagno sul piano pratico: affermare la natura amministrativa dell'inibizione giudiziale consentirebbe infatti di giustificare l'applicabilità dell'art. 650 c.p., su cui pure una parte dottrina civilistica - sempre rimanendo, però, entro gli schemi tradizionali - ha occasionalmente puntato l'attenzione, nello sforzo di individuare uno statuto sanzionatorio di portata generale per le inibitorie, notoriamente sprovviste (salvo i pochi casi noti) di misure che ne assicurassero il rispetto³⁰⁷.

Anche una rapida ricognizione della giurisprudenza formatasi intorno all'art. 650 c.p., tuttavia, è in grado di smentire l'utilità di siffatta ricostruzione: tra i principi che regolano l'applicazione di questa norma risulta essere ampiamente accolto quello secondo cui il provvedimento disatteso dalla parte debba investire un interesse pubblico, e non possa esser limitato a regolare meri interessi privati, mentre d'altra parte l'affermazione della dottrina in esame, secondo cui le norme su

³⁰⁷ Sforzo che, tuttavia, non sembra esser stato ripagato nei fatti, essendo rimasto sempre estremamente dubbia, nonostante le autorevoli voci a sostegno, l'ammissibilità di una sanzione penale per la mancata osservanza dell'inibitoria. Nel diritto inglese, in cui notoriamente vige l'istituto del *Contempt of Court*, non vi sono ostacoli ad una soluzione del genere; ben diverso, però, è l'atteggiamento assunto dal diritto italiano, che confina la rilevanza degli interessi in gioco al piano puramente privatistico del rapporto *inter partes*, senza coloriture pubblicistiche. Si rinvia, sul punto, alle riflessioni che seguiranno in relazione all'art. 614-bis c.p.c. In merito alla tutela penale contro la violazione delle inibitorie si vedano FRIGNANI, *L'injunction*, cit., p. 592 ss. (il quale, tuttavia, liquida la soluzione dell'art. 650 c.p. come impraticabile, soffermandosi invece sull'art. 388 c.p.), PROTO PISANI, in *L'attuazione dei provvedimenti di condanna*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, cit., p. 50 ss., e in *I diritti e le tutele*, cit., p. 96 ss. (il quale parimenti concentra i suoi sforzi ermeneutici in via esclusiva sull'art. 388 c.p.) e PIETROBON, *Illecito e fatto illecito*, cit., p. 152 ss.

cui si fonda l'inibitoria abbiano anche valore pubblicistico, rimane tutta da dimostrare³⁰⁸.

Su un piano più generale, poi, occorrerebbe accettare l'idea - invero molto originale pur nel variegato panorama di opinioni formatesi intorno alla tutela inibitoria - che un provvedimento di tal fatta, pur essendo emesso in occasione di un procedimento indiscutibilmente contenzioso, acquisirebbe tuttavia i caratteri dell'atto di volontaria giurisdizione, stante la sua natura amministrativa e non giurisdizionale³⁰⁹.

³⁰⁸ Non si dimentichi, infatti, che l'analisi dell'Autore in questione ha ad oggetto i marchi; è ben difficile pensare che la loro tutela sia indice di un valore, giuridicamente protetto, che si spinga molto al di là del mero interesse privato dell'imprenditore a commercializzare beni e servizi in regime di uso esclusivo del marchio. Altrettanto fumoso apparirebbe identificare l'interesse pubblico con quello dei consumatori: a parte il fatto che si tratterebbe di un interesse solo riflesso, non costituente oggetto primario della protezione offerta da tali norme, rimane il fatto che - ancor più nel contesto normativo attuale: si veda, tra tutte, la disciplina delle pratiche commerciali scorrette - i consumatori possono contare su ben altri e più specifici strumenti di tutela. Il medesimo concetto, ovviamente, può essere esteso a tutte le altre ipotesi di inibitoria civilistica, in cui il dato costante si ravvisa nella natura privata dell'interesse violato (ché altrimenti, ove l'interesse in gioco sia rilevante anche - o solo - sul piano pubblicistico, soccorrerebbero altre discipline di natura - evidentemente - pubblicistica). Per quanto concerne la giurisprudenza sull'art. 650 c.p. richiamata nel testo, ed in particolare per l'esclusione dell'interesse privato quale bene protetto dalla norma, si leggano Cass. pen., sez. I, 4 dicembre 2007, in *Rep. Foro it.*, 2008, voce "Inosservanza di provvedimenti", n. 3; Cass. pen., sez. I, 26 gennaio 2001, *ivi*, 2002, n. 6; Cass. pen., sez. I, 4 dicembre 1996, *ivi*, 1997, n. 2; Trib. Rovereto, 11 maggio 2000, in *Foro it.*, 2002, II, c. 140 ss., con nota di CANEPA.

³⁰⁹ La netta alternatività tra i due tipi di provvedimenti è tenuta ben presente da CORRADO (*op. cit.*, p. 430) ed è coerente con la distinzione, di carattere apicale, tra le due funzioni che l'Autorità giudiziaria è chiamata a svolgere, ossia quella di giurisdizione contenziosa e quella di giurisdizione volontaria: sul punto si rinvia a FAZZALARI, voce "Giurisdizione volontaria (*dir. proc. civ.*)", in *Enc. dir.*, cit., XIX, 1970, § 19

Non sembra che un simile risultato possa dirsi in linea con i caratteri, ed in specie con la funzione, della tutela inibitoria, che non è tesa semplicemente a demandare al giudice un controllo sulla gestione di interessi altrui (controllo che ben potrebbe esser demandato ad altri organi della Pubblica Amministrazione)³¹⁰, ma è finalizzata invece a risolvere un ben circostanziato *conflitto* di interessi nascente da un illecito³¹¹.

In caso contrario, occorrerebbe rimettere in discussione tutto il regime giuridico applicabile alla parte della sentenza relativa all'inibizione: si potrebbe così, giusto per fare degli esempi, affermarne la revocabilità ovvero negarne l'idoneità al giudicato; il che appare privo di suffragio normativo e quantomeno lontano dalla prassi consolidata.

2.5. La tesi dominante: inibitoria come condanna.

La tesi che sembra ormai raccogliere il consenso della netta maggioranza degli interpreti è quella che vede nell'inibitoria una manifestazione, seppur peculiare, di una sentenza di condanna³¹².

passim, a PROTO PISANI, *I diritti e le tutele*, cit., p. 204 ss., nonché alla costante giurisprudenza (per tutte, Cass., sez. I, 20 ottobre 2006, n. 22628, in *Banche dati Foro it.*, in motivazione).

³¹⁰ PROTO PISANI, *op. cit.*, p. 206.

³¹¹ Cfr. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., p. 388, che a proposito della tutela costitutivo-determinativa ricorda come essa sia comunque “*resa nella sede contenziosa e non in quella della giurisdizione volontaria*”.

³¹² Maggior assertore ne è stato PROTO PISANI, del quale si veda oggi *I diritti e le tutele*, cit., cap. I e III, *passim* ma in part. p. 16 ss., 88 ss. In passato, comunque, già FRIGNANI, voce “*Inibitoria*”, cit., § 7, aveva sostenuto questa tesi.

A identica conclusione giunge anche la giurisprudenza, per quanto non siano frequentissimi gli interventi in cui i giudici si esprimono in modo sufficientemente esplicito³¹³; nella maggioranza dei casi, infatti, essi non paiono indugiare in punto di qualificazione e nel comporre motivazioni e dispositivi delle sentenze fanno ricorso ad un linguaggio sostanzialmente neutro (come, ad esempio, “ordinare”, “disporre”, etc.).

Il punto di partenza da cui muove la tesi ora in rassegna è costituito dalla negazione di un rapporto di necessaria subordinazione della condanna rispetto all'esecuzione forzata: in questo modo viene confutata alla base la teoria del mero accertamento, che proprio sulla base di questa relazione nega alla sentenza di contenuto inibitorio, così come ad ogni altra dichiarativa di un obbligo infungibile, la possibilità di essere qualificata come condanna.

Vari sono gli argomenti a sostegno di questa tesi.

In primo luogo, sotto il profilo appena ricordato, si è ricordato che ad una sentenza di condanna non deve necessariamente ed inderogabilmente seguire il procedimento esecutivo; alla condanna, infatti, può anche seguire l'adempimento spontaneo del debitore, senza necessità di agire forzosamente per la soddisfazione del credito³¹⁴.

La condanna, infatti, è comunque un “*un 'comando', rivolto dal giudice ad uno dei litiganti, perché questi dia o faccia alcunché a favore dell'altro*”, mentre l'esecuzione forzata rappresenta la *ratio* ultima che si mani-

³¹³ V. Cass., sez. I, 25 luglio 1995, n. 8080, cit.; Pret. Pietrasanta 8 novembre 1986, in *Foro it.*, 1987, I, c. 3372 (seppur riferita, più specificamente, ad una inibitoria cautelare).

³¹⁴ PETRUCCI, voce “*Condanna (dir. proc. civ.)*”, *Enc. dir.*, cit., §§ 1, 3.

festa solo ove anche il comando giudiziale - così come l'obbligo originario che ha condotto al giudizio - venga disatteso dal condannato³¹⁵.

Ciò, tuttavia, potrebbe non esser sufficiente a smentire l'assunto tradizionale, poiché l'obiezione in esame, in realtà, prova troppo: non si può affermare che la sentenza di condanna non deve necessariamente esser suscettibile di esecuzione forzata solo perché in alcuni casi, e solo per contingenze accidentali, ad essa non segue l'esecuzione.

Il principio corretto è infatti quello della *eseguibilità* della sentenza, consistente nel "*munire il creditore vincitore nel processo del potere di far iniziare il processo esecutivo*"³¹⁶.

L'argomento di maggior peso addotto dalla teoria in esame è tuttavia un altro, di carattere non meramente formale, ma assiologico.

Si afferma che negare la tutela di condanna per gli obblighi infungibili, i quali non essendo passibili di coazione diretta possono solo essere soddisfatti con un equivalente in denaro (questo sì, ottenibile forzosamente) si pone in insanabile contrasto con i valori costituzionali supremi, in particolare con quelli relativi la persona ed il lavoro³¹⁷.

Si fa notare, infatti, che la gran parte degli obblighi infungibili consistono in obblighi di astensione finalizzati a proteggere situazioni non patrimoniali (come i diritti della personalità) e che è solo attraverso la loro attuazione che è possibile realizzare effettivamente gli interessi cui sono posti a presidio; negar loro l'accesso alla tutela di condanna equivarrebbe pertanto ad una inammissibile rinuncia dell'ordinamento ad attuare i suoi stessi valori.

³¹⁵ La citazione è tratta da FAZZALARI, voce "*Sentenza civile*", cit., § 4.

³¹⁶ Così CONSOLO, *Spiegazioni*, cit., p. 157, riassume il pensiero classico intorno al concetto di condanna.

³¹⁷ PROTO PISANI, *I diritti e le tutele*, cit., p. 84 ss.

Ancora – e il punto ci interessa più da vicino – la tutela di condanna, assistita da adeguate misure coercitive, permette proprio a quelle situazioni non patrimoniali di far affidamento su una tutela preventiva che è indispensabile, vista la strutturale inadeguatezza del risarcimento a soddisfare valori non misurabili economicamente.

Come argomento ulteriore – questo sì, di ordine formale – si fa notare poi che la condanna non prevede quale suo unico effetto il potere di agire in esecuzione forzata: tra i suoi effetti sostanziali vi sono anche il diritto di iscrivere ipoteca giudiziale e l'interruzione della prescrizione³¹⁸.

Ne risulta quindi che, anche a livello strettamente normativo, la teoria avversata trascura alcuni dati significativi che riconoscono comunque una rilevanza giuridica della condanna anche in presenza di obblighi infungibili.

Questi argomenti si sono rivelati molto convincenti, tant'è che, come si è anticipato, vi è oggi un larghissimo consenso ad assegnare all'inibitoria la natura di condanna³¹⁹; rimane (*rectius*, rimaneva) tuttavia la spinosa questione dell'attuazione concreta della tutela.

³¹⁸ PROTO PISANI, op. cit., p. 86 ss. Si veda comunque quanto già si affermava nel 1961 in una nota voce enciclopedica: *“non esistono innanzi tutto impedimenti di ordine formale a richiedere l'emanazione di una sentenza che condanni al compimento di una prestazione infungibile e quindi non si vede perché dovrebbe negarsi al creditore la possibilità di richiedere l'adempimento per mezzo della condanna. In secondo luogo non è esatta la conclusione che ad un provvedimento di tal fatta non sia riconducibile effetto alcuno, e di fatti, a parte la possibilità di un adempimento volontario, il creditore, con l'ausilio della sentenza di condanna, può iscrivere ipoteca giudiziale sui beni del debitore. E questi effetti sembrano senza dubbio decisivi ai fini dell'ammissibilità della condanna in esame”* (PETRUCCI, voce *“Condanna (dir. proc. civ.)”*, cit., § 3).

³¹⁹ I richiami, specie agli scritti che solo incidentalmente toccano la questione, possono essere numerosissimi; sono invece rari, ormai, i casi in cui questa conclusione

Pur dopo aver efficacemente confutato i suoi oppositori, il punto cruciale su cui questo stesso orientamento di dottrina non poteva non mostrare difficoltà era quello di spiegare, in concreto, quali misure alternative all'esecuzione forzata (tecnicamente impraticabile nel caso della inibitoria) si potessero sperimentare per dare effettiva garanzia ai diritti giudizialmente dichiarati; al di là di specifiche eccezioni, come ad esempio quella del diritto industriale (fin dalla fine degli anni '30), o del diritto sindacale (a partire dal 1970), le inibitorie conosciute non erano infatti assistite da mezzi che ne assicurassero il rispetto, il che rendeva la situazione insostenibile per la palese insufficienza di protezione – denunciata peraltro senza sosta dagli interpreti – che affliggeva non solo il sistema in generale, ma il campo dei diritti inviolabili della persona in particolare.

Si prospettavano allora delle soluzioni che, tuttavia, mostravano evidenti limiti³²⁰.

viene apertamente messa in dubbio (se ne veda un esempio in MARINUCCI, *Gli effetti della sentenza inibitoria prevista dall'art. 1469sexies c.c.*, cit., p. 216 ss.). Basti pertanto rinviare, fra i tanti contributi, a RAPISARDA, voce "Inibitoria", in *Dig. disc. priv.*, cit., p. 485 ss., agli scritti di FRIGNANI più volte citati e, da ultimo, ad ASTONE, *L'autonoma rilevanza dell'atto illecito*, cit., p. 111 ss. Una posizione che potremmo definire "intermedia" – già segnalata in precedenza, ma che su questo punto specifico giova rammentare – è quella assunta da CONSOLO, *Spiegazioni*, cit., p. 164-165, il quale si limita ad affermare che quella a contenuto inibitorio è una sentenza "contigua" a quella di condanna, ma allo stesso tempo, per la sua natura determinativa, "si avvicina" a quella costitutiva.

³²⁰ Una delle più interessanti testimonianze della discussione sviluppatasi intorno a queste problematiche nella storia recente (per la precisione, fino alla seconda metà degli anni '80) può raccogliersi dalla (più volte citata) raccolta di scritti *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, in particolare dai saggi contenuti nel primo volume.

Una prima idea – che in realtà era mero auspicio, e non vera soluzione – consisteva nel raccomandare, *de iure condendo*, un intervento risolutivo del legislatore, che introducesse in via generale un sistema di misure compulsorie sulla falsariga delle *astreintes* francesi; tali misure, se anche non avessero dato certezza dell'adempimento spontaneo da parte del debitore (nella specie, il destinatario dell'inibitoria), tuttavia avrebbero costituito per lui un forte deterrente alla continuazione della violazione.

Altra idea avrebbe potuto essere quella di applicare analogicamente le norme in materia di marchi e brevetti (art. 66, R.D. 929/1942; art. 86, R.D. 1127/1939), che già prevedevano, in origine, delle penalità di mora per il mancato adempimento dell'ordine inibitorio; si preferisce usare qui il condizionale poiché, nonostante questa operazione ermeneutica avesse raccolto molti consensi, il suo impatto fu però assai limitato, visto che interessò prevalentemente la dottrina commercialistica preoccupata di estendere tali misure alla concorrenza sleale³²¹.

La proposta su cui si è innestato il maggior dibattito, invece, è stata quella di ritenere applicabile l'art. 388 c.p., in modo da presidiare l'inibitoria addirittura con una tutela penale³²².

La praticabilità di una simile soluzione era essenzialmente argomentata sia facendo leva su una ricostruzione storica della norma, seguendo la quale sarebbe stato ben possibile estenderne l'ambito appli-

³²¹ FRIGNANI, *L'injunction nella common law*, cit., p. 588 ss.

³²² Maggior assertore ne è stato PROTO PISANI: a tal riguardo si veda già il suo *Brevi note in tema di tutela specifica e tutela risarcitoria*, in *Foro it.*, 1983, V, c. 132, e, da ultimo, il più volte citato *I diritti e le tutele*, p. 100 ss., nonché il dibattito sostenuto *medio tempore* e raccolto in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, vol. I, cit., (cfr. in particolare i saggi di CHIARLONI, fortemente critico verso questa opzione ermeneutica, di TARUFFO e di CARPI).

cativo alle sentenze inibitorie, sia rimarcando l'autorità del provvedimento che, essendo funzionale alla tutela dell'altrui diritto, avrebbe realizzato un valore di sicuro rilievo costituzionale, pertanto non avrebbero avuto pregio le obiezioni che vedevano in questa ricostruzione un *vulnus* alle garanzie di libertà del cittadino³²³.

A conforto di questa tesi muovevano anche dei dati normativi, come l'art. 28 Stat. Lav. o l'art. 15 L. 903/1977, che dichiaravano punibile ai sensi dell'art. 650 c.p. l'inottemperanza del decreto di cessazione, rispettivamente, della condotta antisindacale e della condotta discriminatoria, nonché i dati rivenienti dall'indagine comparata, che mostravano come anche in altri ordinamenti europei la mancata attuazione dell'inibitoria potesse condurre a sanzioni penali: primo esempio fra tutti era il diritto inglese, in cui l'inesecuzione dell'*injunction* costituiva *contempt of court* penalmente perseguibile³²⁴.

Anche questa soluzione, tuttavia, non è riuscita a convincere fino in fondo una dottrina e una giurisprudenza che, fondamentalmente scettiche nei confronti di una sanzione così pervasiva come quella penale, hanno mantenuto un atteggiamento garantistico facendo leva essenzialmente sull'elemento della frode, caratterizzante l'illecito ex art. 388 c.p. e non integrabile, a quanto era dato ritenere, da un mero inadempimento all'obbligo contenuto nella sentenza di condanna.

³²³ PROTO PISANI, *i diritti e le tutele*, p. 105.

³²⁴ TARUFFO, *L'attuazione esecutiva dei diritti*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, cit., p. 63 ss. e già FRIGNANI, *L'injunction*, cit., p. 211 ss., 599 ss, e RAPISARDA, *Profili della tutela civile inibitoria*, cit., p. 244. La pena detentiva è stata prevista anche negli ordinamenti germanici: cfr. FRIGNANI, voce "*Inibitoria (azione) - Diritto comparato e straniero*", cit. p. 4; PIETROBON, *Illecito e fatto illecito*, cit., p. 151 ss.; e più di recente, PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna (trentacinque anni dopo)*, in *Foro it.*, 2010, V, c. 257 ss., sub § 6.1.

Le sporadiche occasioni in cui i giudici mostravano di aderirvi non potevano, peraltro, essere prese come autentici segnali di apertura nel senso prospettato dalla dottrina in esame: in esse, infatti, la sanzione penale per l'inosservanza dei provvedimenti giurisdizionali veniva ammessa non in ragione del loro contenuto inibitorio, bensì in ragione della loro natura cautelare e dell'oggetto delle controversie (proprietà intellettuale), elementi grazie ai quali si riteneva integrata la fattispecie criminosa del secondo (e non del primo) comma dell'art. 388 c.p.³²⁵.

Solo in tempi recenti si è potuta registrare una importante apertura dei giudici supremi nei confronti di una interpretazione estensiva dell'art. 388 c.p., per entrambe le fattispecie del primo e del secondo comma³²⁶.

Allo stato attuale, i problemi sopra esposti sembrano tuttavia esser stati superati da una riforma che, con decenni di ritardo rispetto agli incessanti inviti della dottrina di cui s'è fatto menzione, ha finalmente aggiornato il nostro ordinamento, dotandolo di un sistema generalizzato di misure compulsorie riconducibili alle tanto note *astreintes* francesi; di esse però non si parlerà immediatamente, preferendo affrontarne l'analisi solo dopo aver tratteggiato i profili relativi al contenuto ed al tempo della sentenza inibitoria.

³²⁵ Cfr. App. Bologna 19 febbraio 2003, in *Banche dati Foro it.*; Cass. pen., sez. VI, 19 marzo 1997, *ivi*; Pret. Torino 12 dicembre 1994, *ivi*.

³²⁶ V. Cass. pen., S.U., 27 settembre 2007, n. 36692, la quale, dirimendo un contrasto di giurisprudenza circa l'interpretazione del requisito della "elusione", ai fini della incriminazione ex art. 388, comma 2, c.p. – ma con motivazione valida anche ai fini del 1° comma –, ha affermato che, fermo il principio secondo cui la mera inottemperanza non vale elusione, nel caso di provvedimenti interdittivi (e tra questi vi sono indubbiamente le inibitorie) "*la violazione dell'obbligo di astensione priva immediatamente di effettività la decisione giudiziale, che risulta appunto elusa nella sua esecuzione, perché contraddetta oltre che inadempita*".

3. Il contenuto della sentenza inibitoria ed i poteri del giudice.

Il dibattito di cui si è dato conto si riflette sulla questione, di ordine eminentemente pratico, del “come” sia strutturata la sentenza inibitoria e quali siano, correlativamente, i limiti al potere giudiziale di disporne i contenuti³²⁷.

Gli studi più risalenti hanno constatato, seppur con un margine di vaghezza, che il giudice non ha discrezionalità sull'*an* del rimedio, ma gode di un potere ampio circa la determinazione del suo contenuto, i cui limiti peraltro non emergono sempre in modo chiarissimo³²⁸.

Uno dei più attenti osservatori del fenomeno, in tempi più recenti, ha parlato di “*costruire l'ordine inibitorio*”, proprio per rimarcare il momento dispositivo in cui si sostanzia l'attività del giudice, che non si limiterebbe a rilevare l'illiceità di una condotta e a farne discendere, meccanicamente, un divieto di ripeterla tale e quale, ma si estenderebbe ad una più penetrante analisi dei fatti, “*tenendo conto della concreta situazione di interesse*”, all'esito della quale il contenuto del provvedimento finale dovrà essere “*ragionevolmente ampliato rispetto alla semplice ripetizione dello stesso comportamento già posto in essere, perché altrimenti sarebbe troppo facile eluderlo, con variazioni anche minime del primo comportamento*”³²⁹.

³²⁷ In generale, cfr. FRIGNANI, *L'injunction*, cit., p. 459 ss., 519 ss.

³²⁸ FRIGNANI, op. cit., p. 540.

³²⁹ LIBERTINI, *Nuove riflessioni in tema di tutela civile inibitoria e di risarcimento del danno*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 388 ss.; ma si veda già, dello stesso Autore, *Azioni e sanzioni nella disciplina della concorrenza sleale*, in GHIDINI-LIBERTINI-VOLPE

Come si è avuto modo di vedere, quest'ultima ricostruzione partiva dal presupposto che la sentenza inibitoria avesse natura costitutiva, in coerenza col riconoscimento di un ampio potere determinativo che avrebbe reso il giudice non un mero applicatore di effetti già predisposti dalla fattispecie normativa, bensì il responsabile di "*apprezzamenti giudiziali piuttosto complessi*", tesi alla ricerca di una soluzione il più possibile equilibrata tenendo conto degli interessi in gioco³³⁰; si è anche preso atto, però, di come essa, al di là della meritoria valorizzazione del ruolo assunto dal giudice, sia rimasta minoritaria nel panorama della scienza processual-civilistica e abbia dovuto cedere il passo alla tesi che colloca l'inibitoria nel quadro della tutela di condanna.

Uno sviluppo della questione si è infatti avuto in occasione di successivi studi sulle sentenze cd. determinative, di cui si è già fatto parola: i risultati da essi raggiunti, consistenti nell'apprezzare la differenza di esercizio del potere giudiziale rispetto alle più comuni condanne non su un piano *qualitativo*, ma solo su quello *quantitativo*, da intendersi come richiesta di un "*maggior impegno interpretativo*" da parte del giudice, hanno permesso di coniugare il carattere naturalmente elastico della tutela inibitoria con la forma propria della sentenza di condanna³³¹.

A ciò si aggiunga poi l'osservazione, di ordine eminentemente pratico, che non sempre i giudici, nel formulare i dispositivi delle sentenze, si sono fatti (e si fanno tuttora) carico di un'opera "costruttiva" come quella indicata in precedenza: spesso, anzi, si limitano proprio a rinviare alla descrizione della condotta emergente dalla motivazione e a

PUTZOLU, *La concorrenza e i consorzi*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, diretto da F. Galgano, vol. IV, CEDAM, Padova, 1981, p. 245.

³³⁰ LIBERTINI, *La tutela civile inibitoria*, cit., p. 320 ss.

³³¹ CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, cit., p. 74.

formulare un generico ordine di sua cessazione, senza particolari “ampliamenti”³³².

Questo atteggiamento può non giovare all’effettività sopra auspicata nel momento in cui facilita le elusioni, ma è vero anche che una sua giustificazione potrà essere sempre trovata sul piano della garanzia della libertà personale, per cui solo ciò che è stato oggetto di accertamento e che è stato valutato come illecito potrà essere, entro quegli stessi limiti, vietato³³³; allo stesso tempo, il problema di effettività della tutela che ne discende, come si spiegherà tra poco, può essere risolto anche per altra via.

Fermo restando, dunque, che il contenuto assunto dall’inibitoria è costante per quel che riguarda la struttura di obbligazione negativa - o anche positiva, per chi ritenga che il termine si estenda a sanzionare pure le omissioni - ma variabile per quel che riguarda l’individuazione della prestazione dovuta - in corrispondenza alla necessità di adattarsi

³³² A mero titolo esemplificativo, e limitandosi alla giurisprudenza più recente, si vedano: Trib. Roma 12 settembre 2013; Trib. Bari 2 settembre 2013; Trib. Milano Sez. I, 17 luglio 2013; Trib. Milano Sez. spec. propr. industr. ed intell., 13 marzo 2013; Trib. Palermo, Sez. Spec. impr., 1 marzo 2013; Trib. Milano Sez. I, 14 febbraio 2013; Trib. Milano Sez. Spec. impr., 12 febbraio 2013; Trib. Monza, sez. I, 12 novembre 2012; Trib. Bologna, 24 maggio 2010; Trib. Bari Sez. I, 4 marzo 2010; G. pace Napoli, sez. VIII, 14 gennaio 2005 (tutte reperibili in *Banche dati Pluris*). Molti di questi sono casi di contraffazione, in cui il giudice, accertato l’illecito, ha ribadito il contenuto legale del divieto di fabbricare e commercializzare quel particolare prodotto contraffatto.

³³³ Si richiami ancora una volta l’insegnamento che, nel confrontare l’inibitoria e i provvedimenti di rimozione nella concorrenza sleale, preme a sottolineare la “*struttura semplice*” della prima, data dall’essere né più né meno che un divieto avente un preciso oggetto, ossia il comportamento censurato: AA.VV., *Manuale di diritto commerciale*, ideato da V. Buonocore, cit., p. 147.

alle circostanze dal caso concreto³³⁴ - non sembra azzardato affermare che l'inibizione, come reazione ad un atto illecito in essere, si manifesta in modo sostanzialmente analogo ad un risarcimento, come reazione ad un danno ormai prodotto.

In entrambi i casi il giudice dovrà operare una determinazione della prestazione dovuta dal debitore: se la distanza può apparire notevole rispetto ad un risarcimento per equivalente, che richiede una misurazione del danno cagionato in termini monetari, e quindi puramente numerici, essa appare certamente molto minore quando il risarcimento sia concesso in forma specifica³³⁵.

Il cuore del problema sollevato dalla dottrina citata all'inizio è dunque quello relativo al margine di manovra di cui il giudice potrebbe validamente disporre per "estendere ragionevolmente" la condotta vie-

³³⁴ Notazione pacifica, ribadita costantemente da FRIGNANI, *L'injunction*, cit., *passim*. Per un interessante caso recente, emerso in giurisprudenza, si veda Trib. Palermo, 29 maggio 2006, cit., che in motivazione si esprime nei seguenti termini: "Sebbene il concetto stesso di inibitoria richiama un ordine di non fare, vale a dire una condotta a contenuto negativo, è innegabile che ogni qualvolta la violazione dei diritti dei consumatori si sostanzia in un comportamento omissivo l'unica possibile forma di inibitoria è proprio quella consistente nell'imposizione di un *facere* e del resto «da un punto di vista teorico anche l'inibitoria positiva potrebbe sempre essere rovesciata in una inibitoria negativa. Il che è quanto dire che il giudice invece di ordinare un determinato comportamento atto a far cessare l'illecito potrebbe ordinare la cessazione dell'illecito *tout court*. In altri termini, sempre in linea puramente teorica, si potrebbe affermare che tutte le inibitorie positive potrebbero risolversi in altrettante inibitorie negative»".

³³⁵ Del resto, la stessa dottrina citata in apertura (LIBERTINI, *La tutela civile inibitoria*, cit., p. 336 ss.) è proprio quella che ha proposto - anche sulla scorta di una parte della giurisprudenza - una rilettura della inibitoria come manifestazione di tutela risarcitoria in forma specifica, ai sensi dell'art. 2058 c.c., che si ricorda essere norma sul risarcimento: cfr. SALVI, voce "Risarcimento del danno", in *Enc. dir.*, cit., XL, 1989, § 9.

tata: a ben vedere, però, tale esigenza risponde più a ragioni di opportunità che di necessità e, ad avviso di chi scrive, lo stesso problema può essere affrontato anche da un altro punto di vista, la cui utilità si può misurare proprio in quei casi, di cui di è dato conto, in cui giudici, declinando l'invito loro rivolto da quella stessa dottrina, non provvedono ad indicare, nei dispositivi delle sentenze, il *genus* di condotte inibite, di cui quella accertata dovrebbe costituire solo una *species*³³⁶.

La proposta consiste semplicemente nel prendere atto che in forza della inibizione giudiziale si concretizza un comune rapporto obbligatorio tra due parti, come tale regolato, né più né meno, dalla disciplina generale delle obbligazioni.

Di quest'ultima, fatte salve le peculiarità caratterizzanti il regime proprio delle obbligazioni negative – v. art. 1222 c.c., implicitamente richiamato ogni qual volta si afferma che la oggettiva ripetizione della condotta inibita costituisce violazione dell'ordine – merita prendere in considerazione il principio di correttezza (art. 1175 c.c.) che governa lo svolgimento del rapporto.

La sua chiamata in causa per la regolazione del rapporto obbligatorio "inibitorio" non è nuova: se ne è predicata l'applicazione per concedere all'inibito una sorta di eccezione quando "*il decorso del tempo e le circostanze rendano inesigibile la relativa prestazione*"³³⁷.

Affidarsi a questa norma, soprattutto ove si torni a valorizzarne la funzione di criterio di valutazione *ex post* del comportamento tenuto in concreto dalle parti, piuttosto che quella di fonte di integrazione *ex*

³³⁶ LIBERTINI, *Azioni e sanzioni nella disciplina della concorrenza sleale*, cit., p. 245-246 e *ivi* ulteriori riferimenti.

³³⁷ LIBERTINI, *La tutela civile inibitoria*, cit., p. 352.

ante del rapporto³³⁸, consentirebbe di pervenire a identici risultati di censura ogni qual volta la parte obbligata, tenuto conto delle circostanze concrete e, soprattutto, del contesto fattuale in cui maturò l'ordine inibitorio – desumibile dalla motivazione della relativa sentenza –, si sia prestata a condotte formalmente rispettose del divieto, ma sostanzialmente ripetitive della medesima violazione già perpetrata, e contribuirebbe così a neutralizzare il rischio delle “facili elusioni”, temute dalla dottrina esaminata.

A questa proposta si potrebbe ovviamente ribattere che il problema, così ragionando, non sarebbe risolto ma solo rinviato al giudice successivamente incaricato di vagliare la nuova condotta.

La possibile obiezione, ove fosse così formulata, proverebbe troppo, perché in ogni caso in cui vi è un presunto inadempimento della inibitoria si aprono, per il soggetto leso, due vie: o – come sostenuto in una non più recentissima sentenza della Cassazione³³⁹ – dar luogo ad un nuovo giudizio di cognizione, allegando che il comportamento asseritamente lesivo costituisca un nuovo e autonomo illecito; o – come può presumersi che accadrà con maggior frequenza dopo l'introduzione dell'art. 614-*bis* c.p.c. – rivolgersi al giudice dell'esecuzione per “mettere

³³⁸ La discussione in merito a questo problema è uno dei *topoi* classici della nostra civilistica, che ha visto contrapporre alla tesi (prevalente) della funzione integrativa quella cd. “valutativa”, fatta propria dalla dottrina “pisana” nei numerosi studi ad essa dedicata da NATOLI e da BIGLIAZZI GERI. Se ne veda oggi – *ex multis* – una sintesi in AA.VV., *Artt. 1173-1320 – Obbligazioni*, in *Commentario al Codice civile* a cura di P. Cendon, Milano, Giuffré, 2009, p. 62 ss. Per una recente rivalutazione di quella corrente di pensiero, si veda poi NAVARRETTA, *Commento sub art. 11*, in *La protezione dei dati personali – Commentario al d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 («Codice della privacy»)*, cit., p. 257 ss.

³³⁹ Cass., sez. I, 25 luglio 1995, n. 8080, cit.

all'incasso" le penalità di mora imposte contestualmente all'ordine inibitorio³⁴⁰.

In questo secondo caso, il problema di cui sarà con tutta probabilità investito il giudice (dell'esecuzione) sarà di interpretare l'ordine inibitorio per vedere se ad esso corrisponde la condotta allegata come ripetizione dell'illecito; ma anche qui la sua opera interpretativa non sembra vada a discostarsi molto da quella ordinaria circa la determinazione dell'estensione di una *regula iuris*: il criterio della buona fede, in altri termini, potrà ben essere, in questa sede, il parametro-chiave per valutare se il comportamento del debitore sia stato rispettoso o meno del comando giudiziale.

4. Il "tempo" nella tutela inibitoria.

Come si è accennato in apertura, i civilisti – seppur con una autorevole eccezione³⁴¹ – tendono a trascurare un aspetto della tutela inibito-

³⁴⁰ Che è la procedura ritenuta più corretta da Trib. Milano, 16 novembre 2012, in *Dir. ind.*, 2013, p. 5 ss., con nota di COCOZZA e CASATI, in un caso in cui l'attore, già vittorioso in una precedente causa sfociata in una inibitoria munita di *astreinte* a suo favore, si era rivolto nuovamente al tribunale per la condanna della controparte al pagamento delle penalità, adducendo ulteriori violazioni. I giudici, pur dandogli ragione nel merito, si domandano perché egli non abbia provveduto immediatamente ad agire in via esecutiva, lasciando poi alla controparte l'onere di sollevare opposizione all'esecuzione. La soluzione prospettata è la stessa condivisa da larga parte della dottrina; manifesta tuttavia il suo scetticismo, proprio per la prevedibile valanga di opposizioni all'esecuzione cui darà luogo la norma, CONSOLO, *Spiegazioni*, cit., p. 162.

³⁴¹ Il riferimento va ancora agli studi di LIBERTINI (in particolare a *La tutela civile inibitoria*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, cit.).

ria verso cui i processualisti, invece, hanno dimostrato maggior interesse³⁴².

Il punto in questione attiene alla protrazione temporale della inibizione.

Il motivo di questo disinteresse è comprensibile: la dottrina civilista tende a concentrarsi sugli aspetti “statici” dell’inibitoria, che sono fondamentalmente i suoi presupposti sostanziali e la sua funzione di tutela di diritti; gli effetti che da essa scaturiscono vengono invece risolti – sempre in un’ottica sostanziale – in ordinarie obbligazioni (certamente negative, ma anche positive secondo la tesi prevalente).

Il profilo relativo all’obbligazione negativa, tuttavia presenta una peculiarità, data dalla sua durezza: l’inibitoria, infatti, non viene concessa “a tempo”, non ha un termine finale³⁴³, e ciò in ragione della corrispondente *durezza* della situazione giuridica protetta, nonché della funzione della tutela, che è fondamentalmente *conservativa*.

È questo l’aspetto che, osservato sempre nell’ottica sostanziale, può indurre delle perplessità, considerato lo scetticismo che il nostro ordinamento manifesta nei confronti di ogni vincolo perpetuo e, soprattutto, considerato il rischio di paralisi delle attività ove una condotta, accertata come illecita in un dato momento storico, non potesse *mai* più essere ripetuta, nemmeno in caso di superamento delle regole in base alle quali essa fu così qualificata.

La domanda essenziale che vien fatto di porsi è quindi la seguente: per quanto tempo l’inibito sarà sottoposto al vincolo di astenersi dalla ripetizione della condotta illecita?

³⁴² CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, cit., p. 85 ss.; ID, *Efficacia della inibitoria nel tempo*, in nota a Cass., sez. III, 14 giugno 2001, n. 8056, in *Foro it.*, 2002, I, c. 1487 ss.

³⁴³ O quantomeno è assai difficile che ciò accada: LIBERTINI, op. cit., p. 352.

La risposta potrebbe apparire ovvia al punto tale da rendere del tutto ingiustificato anche quel poco interesse che le è stato dedicato: egli rimane *sempre* vincolato alla sentenza, poiché in ciò consiste, fondamentalmente, il valore di autorità di cosa giudicata che da essa promana (art. 2909 c.c.).

La letteratura, tuttavia, dimostra di percepire una problematicità intorno a questo punto: ciò è quanto si desume dall'osservazione secondo cui *"come tutti i provvedimenti che regolano un interesse permanente, anche la sentenza inibitoria deve ritenersi subordinata alla clausola rebus sic stantibus"*³⁴⁴.

Il significato di questa affermazione è da mettersi in relazione alla possibilità di variazioni nello stato di fatto o di diritto che giustifichino, nel rapporto tra le parti, una revisione dell'assetto originariamente fissato dal giudice e necessariamente condizionato alle circostanze che caratterizzarono quell'accertamento; ciò, tuttavia, impone anche una puntualizzazione, per quanto ovvia, a scanso di equivoci: non si può intendere che il provvedimento inibitorio decada o possa essere revocato non appena quelle variazioni si concretizzino, poiché non si vede come una sentenza definitiva potrebbe essere caducata fuori dai casi tassativamente previsti.

È chiaro quindi che l'affermazione sopra riportata non può significare altro che l'inibitoria vincolerà sempre le parti, in ossequio al principio preclusivo del giudicato; ciò che farà la differenza, sarà dato da

³⁴⁴ LIBERTINI, *La tutela civile inibitoria*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, cit., p. 352; ma lo stesso concetto è espresso anche da MATTEI, *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria*, cit., p. 379. Questa caratteristica è, probabilmente, uno dei principali motivi di incertezza classificatoria delle sentenze inibitorie, tanto da spingere alcuni – come si è visto in precedenza – a ravvisare in esse dei provvedimenti sostanzialmente amministrativi (il riferimento va in particolare alla tesi del Corrado).

sopravvenienze che impongano di ritenere ridimensionato o esaurito l'interesse del soggetto inizialmente leso ovvero legittimato l'interesse del soggetto inibito.

Il nocciolo del problema, pertanto, sembra essere non tanto quello dell'efficacia temporale dell'ordine, quanto dei limiti oggettivi del giudicato.

In merito alla permanenza dell'inibitoria nel tempo, la giurisprudenza non ha avuto occasione di pronunciarsi frequentemente, ma vi sono almeno due vicende che si ritengono meritevoli di menzione per le considerazioni appena svolte.

La prima, conclusasi non molti anni fa, suscita interesse non solo e strettamente per la questione temporale in sé, ma anche per il suo intreccio col problema della legittimazione passiva all'azione.

Il caso, infatti, era relativo ad una servitù di passo gravante su un fondo attraverso il quale era possibile accedere ad una cappella votiva³⁴⁵.

Anni prima, il proprietario del fondo era stato inibito, all'esito di un procedimento possessorio, dal porre in essere atti di turbativa avversa il passaggio dei fedeli e a tale provvedimento aveva dato regolarmente esecuzione; successivamente, il fondo servente era stato alienato, il nuovo acquirente aveva posto in essere analoghe condotte moleste in pregiudizio del libero esercizio della servitù e gli originari ricorrenti avevano agito contro costui facendo valere la pregressa inibitoria e chiedendo la rimozione degli ostacoli.

Il principio fondante su cui ruota la sentenza della Cassazione è sicuramente quello dei limiti soggettivi del giudicato, che ai sensi del già richiamato art. 2909 c.c. non vincola solo le parti, ma anche i loro

³⁴⁵ Cass., sez. III, 14 giugno 2001, n. 8056, cit.

aventi causa; in questa vicenda, trattandosi di provvedimento possessorio avente ad oggetto l'esercizio di una servitù, la legittimazione passiva "transita" – vien da aggiungere: al pari di una obbligazione ambulatoria - in capo al nuovo proprietario.

Ma entra in gioco anche il problema dei limiti oggettivi: considerando che la condotta tenuta dall'acquirente era analoga a quella tenuta dall'alienante – almeno, a quanto si evince dalla motivazione, che parla di *"comportamenti lesivi della medesima specie"* – ne vien fatto discendere che *"la pretesa esecutiva azionata in danno [dell'acquirente, aggiunta mia] non esorbita[va] dai limiti oggettivi del giudicato e non doveva, perciò, essere sorretta da altra pronuncia di condanna, la quale risultava preclusa tra le stesse parti in ordine al medesimo fatto costitutivo, che il pretore aveva disciplinato già in proiezione futura"*.

Fissato il principio dalla Corte, l'annotatore della sentenza ha poi cura di precisarne i limiti, specificando che *"l'aspetto precettivo dell'accertamento giudiziale ha ad oggetto unicamente i contegni delle parti (nonché dei loro eredi e aventi causa) che riguardano l'interesse protetto dalla situazione giuridica ad effetti durevoli accertata in giudizio e non frappone ostacoli alla rilevanza di fatti sopravvenuti e all'applicabilità di norme giuridiche sopravvenute, che modifichino od estinguano la situazione sostanziale accertata"*³⁴⁶.

La seconda vicenda, invece, è trattata dalla recente Cass., sez. I, 6 dicembre 2013, n. 27381³⁴⁷.

La controversia contrapponeva due coniugi ad una rivista settimanale, la quale aveva pubblicato notizie riguardanti la loro vita privata, riguardo alle quali si assumeva non esservi alcun interesse pubblico

³⁴⁶ CAPONI, *Efficacia dell'inibitoria nel tempo*, cit., c. 1487 ss.

³⁴⁷ Inedita, a quanto è dato constare.

all'informazione, per di più corredando il servizio giornalistico con foto ritraenti anche la loro figlia minore.

In prima battuta i due coniugi si erano rivolti al Garante, ottenendo soddisfazione della loro pretesa, e il Tribunale di Milano, adito dalla rivista, aveva rigettato l'impugnazione, confermando il provvedimento.

Degli argomenti che la difesa della rivista ha poi addotto nel ricorso per cassazione ce n'è uno in particolare che riguarda il tema trattato: si è paventata addirittura l'incostituzionalità degli artt. 139, 143 e 154 del Codice della *privacy* per violazione dell'art. 21 Cost., laddove tali norme fossero interpretate nel senso di autorizzare il Garante a *"vietare in via preventiva, assoluta e generale, e anche fuori del caso del trattamento in corso, la diffusione nell'esercizio dell'attività giornalistica di qualunque dato relativo alla medesima persona"* (pp. 6-7 della sentenza).

A fronte di una simile prospettazione della questione, che ove accolta avrebbe palesemente assunto proporzioni abnormi, la Corte ha gioco facile nel rilevare che il giudice di merito, lungi dal voler affermare una siffatta regola, *"ha evidenziato che il dispositivo del provvedimento del Garante doveva essere inteso in correlazione con la giustificazione del provvedimento stesso e questa faceva riferimento allo specifico "contesto" considerato dalla predetta Autorità e alla specifica illiceità dei dati in concreto trattati"* (p. 7); aggiunge poi, a completare il concetto, che *"il provvedimento non si sostanzia in una preventiva valutazione censoria delle notizie pubblicabili, ma nell'accertamento di uno o più illeciti e nell'ordine di non protrarne oltre le conseguenze lesive"* (p. 8).

In definitiva, la serie di dati giurisprudenziali qui sinteticamente raccolti appare in grado di fornire un quadro chiaro dei limiti entro cui la tutela inibitoria esprime la sua efficacia, anche nei suoi riflessi temporali: tutto ruota ordinariamente entro i precisi limiti dell'oggetto della

controversia, consistente nella condotta illecita; non vi sono rischi di sopraffazione, poiché è dalla stessa qualificazione di illiceità dell'atto umano che ne discende, inevitabilmente, la proibizione.

Se le circostanze poi dovessero cambiare, e cambiando andassero a modificare a propria volta l'assetto originario di interessi in conflitto, evidentemente si aprirà lo spazio per una nuova valutazione, con possibili, diversi esiti, senza però che questo infici il precedente accertamento che, sul piano storico, rimarrà immutato.

5. L'esecuzione dell'inibitoria: l'art. 614-bis c.p.c.

A conclusione di questa analisi, è ora tempo di soffermarsi sulla grande novità che ha interessato il nostro ordinamento nel 2009 e che si candida a divenire un punto di svolta in quella che potremmo definire come la tormentata storia dell'*enforcement* delle inibitorie³⁴⁸.

Non si ritiene opportuno ripercorrere qui un dibattito già ampiamente testimoniato in dottrina e di cui comunque s'è dato almeno parziale conto, trattando delle diverse concezioni sulla sentenza inibitoria³⁴⁹; valga giustificare questa scelta con la constatazione, di ordine pratico, che tutti i tentativi di trovare soluzioni in via ermeneutica a tale problema, al di là della bontà delle argomentazioni, non sono riuscite a superare la resistenza della mentalità tradizionale informata - soprattutto

³⁴⁸ Cfr. MERLIN, *Prime note sul sistema delle misure coercitive pecuniarie per l'attuazione degli obblighi infungibili nella L. 69/2009*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1546 ss., la quale ritiene di non esagerare a definire "epocale" la riforma in oggetto.

³⁴⁹ Ancora una volta si rinvia alle opere di FRIGNANI, in particolare a *L'injunction*, cit., cap. XIII, *passim*, ed ai volumi *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, più volte citati.

to nel campo dell'esecuzione - ad un principio garantistico di libertà personale, sia quando oggetto di discussione siano state le misure esecutive in via indiretta - già presenti nella legge, ma la cui natura (almeno) latamente sanzionatoria avrebbe evidentemente spinto l'interprete verso prudenti interpretazioni restrittive - , sia, a maggior ragione, quando il discorso si sia spostato sul piano delle misure genuinamente afflittive, quali sono quelle proprie del diritto penale.

Ciò premesso, può esser presa immediatamente in considerazione la riforma operata grazie alla legge 18 giugno 2009, n. 69, con la quale è stato introdotto nel Codice di procedura civile l'art. 614-bis (Attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare), in forza del quale *"con il provvedimento di condanna il giudice, salvo che ciò sia manifestamente iniquo, fissa, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento. Il provvedimento di condanna costituisce titolo esecutivo per il pagamento delle somme dovute per ogni violazione o inosservanza. Le disposizioni di cui al presente comma non si applicano alle controversie di lavoro subordinato pubblico e privato e ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'art. 409. Il giudice determina l'ammontare della somma di cui al primo comma tenuto conto del valore della controversia, della natura della prestazione, del danno quantificato o prevedibile e di ogni altra circostanza utile"*.

L'aspetto che interessa il presente studio è evidentemente quello relativo agli obblighi di non fare, che costituiscono l'essenza stessa dell'inibitoria.

Essi presentano il vantaggio di non onerare l'interprete dei problemi sollevati dal concetto di infungibilità degli obblighi di fare, sui quali la dottrina si sta ancora interrogando con esiti del tutto incerti (ad esempio, quanto alla possibilità di estendere l'applicazione della norma

agli obblighi fungibili)³⁵⁰; si è infatti già avuto modo di dire, e lo si ribadisce anche qui, che le obbligazioni negative in cui si sostanziano le inibitorie sono per necessità logica infungibili, pertanto non vi è dubbio che la disposizione possa applicarsi ad esse.

Il passo in avanti, anzi, è proprio costituito dalla generalità della norma, grazie alla quale è finalmente possibile munire di un valido strumento coercitivo tutte le aree della tutela inibitoria rimaste fino a poco tempo fa scoperte di mezzi idonei a renderle effettive.

Indirettamente, poi, la disposizione presenta anche un altro progresso: per quanto gli obblighi di non fare vengano menzionati solo in rubrica, la chiara riferibilità della misura anche alle inibitorie, unita alla espressa menzione nel testo della norma alla “condanna”, fornisce all’interprete l’argomento decisivo per confermare la tesi, come si è visto già prevalente, che assegna tale natura alle sentenze di contenuto inibitorio³⁵¹.

Svolte queste considerazioni preliminari, occorre adesso concentrarsi sul punto essenziale, che può esser inteso come la chiusura del cerchio aperto all’inizio di questo studio.

In quella sede si è cercato di spiegare il perché l’inibitoria sia concepibile come sanzione, ed in particolare perché - nella stessa teoria della sanzione, o quantomeno in quella più accreditata, risalente agli

³⁵⁰ Basti, a tal proposito, richiamare la nota di MONDINI a Trib. Cagliari, 19 ottobre 2009, e Trib. Terni, 4 agosto 2009, in *Foro it.*, 2011, I, c. 287 ss., per un inventario delle problematiche sollevate dalla nuova norma e delle relative, divergenti opinioni espresse in dottrina. Quanto al requisito dell’infungibilità, cfr. POLETTI, *Sulla infungibilità degli obblighi di cui all'art. 614 bis c.p.c.*, cit., p. 3 ss.

³⁵¹ Cfr. MAZZAMUTO, *L'esordio della comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c. nella giurisprudenza di merito*, cit., p. 640, il quale parla di “definitiva smentita” della necessaria correlazione tra condanna ed esecuzione forzata.

studi di Bobbio - costituisca una forma, seppur peculiare, di "intimidazione".

Non si è mancato, peraltro, di osservare che tale qualifica non esaurisce il significato della inibitoria, della quale può allo stesso tempo predicarsi la natura di sanzione repressiva, ogni volta che se ne metta in luce la funzione di ristabilimento di un ordine già turbato (seguendo evidentemente, per questa via, le tesi che ammettono l'inibitoria solo a fronte di illeciti in atto e non solo minacciati), ma rimane il fatto che il concetto di repressione sarebbe insufficiente a spiegarne il tratto caratterizzante, ossia la sua proiezione alla stabile e duratura disciplina di comportamenti futuri.

Ciò spiega il necessario riferimento ad un concetto parimenti proiettato nel futuro, quale è l'intimidazione; allo stesso tempo, però, esso pone un altro problema, che può essere (o meglio: poteva essere) alla base di comprensibili scetticismi verso questa ricostruzione: la consistenza della minaccia.

È infatti inconcepibile una intimidazione che non presenti allo stesso tempo la minaccia di un male in caso di inosservanza: e questo, a ben vedere, era proprio il regime in cui si trovavano costrette una parte delle misure inibitorie, che il legislatore italiano aveva introdotto senza munirle di appositi presidi sanzionatori³⁵².

³⁵² Una precisazione è opportuna con riguardo ai diritti della personalità, che almeno fino agli anni '90 sono stati presi come modello per dimostrare le mancanze (se non le ipocrisie) del nostro sistema. Esclusa l'area della tutela penale, deputata a reagire solo nei casi più gravi, il territorio della tutela civile presentava una contraddizione stridente: mentre, da un lato, di quei diritti si predicava la posizione apicale tra i valori dell'ordinamento, grazie anche al supporto offerto dall'art. 2 Cost., dall'altra essi erano i primi ad essere sforniti di quei mezzi effettivi di rafforzamento della tutela civile che invece il legislatore – da tempi ben lontani: si pensi alle discipline dei brevet-

Oggi, con l'art. 614-*bis*, il quadro può dirsi completato e la minaccia – almeno in teoria – concretizzata: *a latere* della sentenza inibitoria – ma non solo: la giurisprudenza ha subito fatto uso della nuova norma anche per rafforzare provvedimenti cautelari – il giudice può subito imporre una penalità di mora a carico dell'inibito per ogni sua successiva inosservanza dell'ordine.

C'è da dire che l'interpretazione della norma, sotto il profilo della funzione che qui più interessa, non è del tutto pacifica: diverse sono le formule con cui si descrive la natura sostanzialmente afflittiva (“sanzionatoria”, nel lessico più diffuso) della misura e, conseguentemente, la sua finalità deterrente contro gli inadempimenti, ma non mancano anche interpretazioni difformi³⁵³.

ti e dei marchi – aveva concesso a difesa di altri interessi, eminentemente patrimoniali. Dal punto di vista normativo, comunque, la situazione è andata lentamente migliorando: mentre nel 1997 entrava in vigore la legge sul trattamento dei dati personali (poi rielaborata nel più ampio Codice della *privacy*), a partire dal 2001 anche i provvedimenti a tutela dei diritti dell'interessato emessi dal Garante venivano muniti di una tutela penale in caso di inosservanza (art. 37, L. 675/1996). Oggi un analogo regime coercitivo di natura penale è previsto dall'art. 170 del Codice della *privacy*. Considerando la lentezza dei procedimenti giudiziari ordinari, una scelta di efficienza e di celerità avrebbe pertanto imposto, a chiunque avesse lamentato una lesione di un diritto della persona tale da richiedere la tutela inibitoria, o di rivolgersi al Garante – l'esecuzione dei cui provvedimenti, come si è detto, era assicurata dalla minaccia penale e si presentava pertanto come la più sicura – o di promuovere un procedimento *ex art. 700 c.p.c.* (manchevole, però, di un *enforcement* della stessa incisività); per tali ragioni, il problema relativo alla mancanza di misure di esecuzione a presidio delle sentenze di merito poteva ridimensionarsi.

³⁵³ Cfr. *ex multis* CONSOLO, Una buona “novella” al c.p.c.: la riforma del 2009 (con i suoi artt. 360 bis e 614 bis) va ben al di là della sola dimensione processuale, in *Corr. giur.*, 2009, p. 742; PROTO PISANI, Appunti sulla tutela di condanna (trentacinque anni dopo), in *Foro it.*, 2010, V, c. 257 ss.; DE STEFANO, L'esecuzione indiretta : la coercizione,

Ci si riferisce in particolare a chi, restio ad attribuirle connotati sanzionatori, la concepisce semplicemente come mezzo di tutela dell'interesse protetto³⁵⁴: si afferma infatti che la misura coercitiva, lungi dall'avere una funzione risarcitoria – ch  essa "*  anzi concettualmente contrapposta al risarcimento poich    consegnata ad operare prima che si verifichi il danno o comunque a prescindere da esso*"³⁵⁵ – non potrebbe nemmeno assumere colorazioni sanzionatorie, poich  ci  significherebbe ancorare l'obbligo di pagare la somma alla violazione dell'ordine in s  piuttosto che alla effettiva lesione della situazione giuridica sottostante, nei confronti della quale quello stesso ordine assume natura puramente strumentale³⁵⁶.

Fermo restando, quindi, che le sorti della misura compulsoria seguirebbero necessariamente quelle del diritto tutelato, la deterrenza della misura, secondo questa dottrina, sarebbe gi  insita nel rischio di incremento della somma dovuta, qualora, nelle more del processo, il destinatario di essa proseguisse nella condotta controversa: questo rilievo, si afferma, "*svela meglio di qualsiasi altro argomento come la deterrenza non passi necessariamente per l'afflizione*"³⁵⁷.

via italiana alle "astreintes", in *Corr. merito*, 2009, p. 1181; BOVE, *La misura coercitiva di cui all'art. 614-bis c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 783 ss.; GAMBINERI, *Attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare*, in *Foro it.*, 2009, V, c. 320 ss. In giurisprudenza, si vedano Cons. Stato, sez. V, 1 ottobre 2012, n. 5155, e sez. VI, 6 agosto 2012, n. 4523 (seppur con riguardo all'art. 114 del Codice del processo amministrativo, ritenuto per  omologo dell'art. 614-bis c.p.c. in campo civile) in *Banche dati Pluris*; Trib. Varese, ord 16 febbraio 2011, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, p. 879-880, con nota di NOTARPASQUALE.

³⁵⁴ MAZZAMUTO, *L'esordio della comminatoria*, cit. p. 647.

³⁵⁵ MAZZAMUTO, loc. ult. cit.

³⁵⁶ MAZZAMUTO, *L'esordio della comminatoria*, cit. p. 648.

³⁵⁷ MAZZAMUTO, loc. ult. cit.

Questa prospettazione sembra cogliere nel segno quando auspica che la misura mantenga un rapporto di strumentalità con il diritto tutelato attraverso l'inibitoria: come si osserva giustamente, se il suo scopo fosse davvero quello di *"proteggere l'auctoritas del provvedimento"*, la somma non andrebbe versata al soggetto leso, ma allo Stato, come del resto avviene in altri ordinamenti; beneficiario delle somme maturate a seguito delle ulteriori violazioni è invece il soggetto leso, per la chiara ragione che è suo l'interesse protetto attraverso il meccanismo così instaurato e sintetizzabile nella sequenza: divieto-minaccia-punizione.

Concepire l'inibitoria come *"intimidazione"*, o anche ammonizione, se si preferisce, permette infatti di coglierne il valore prodromico rispetto ad una minaccia che è attuale ma non è ancora concretizzata nella sanzione afflittiva finale.

Tali rilievi, allo stesso tempo, inducono a non condividere il rifiuto verso la concezione afflittiva della penalità ex art. 614-bis c.p.c., condivisa peraltro da una larga schiera di studiosi e di corti: in quella misura si percepisce chiaramente la funzione deterrente che non è, però, semplicemente collegata al rischio dell'esito del procedimento, come invece la dottrina esaminata, in buona sostanza, finisce per affermare.

Che essa ci sia non c'è dubbio, ma non pare essere la sola componente di quella minaccia; se così fosse, la deterrenza esercitata dalla penalità di mora sembrerebbe attestarsi ad un livello non molto dissimile da quello proprio della responsabilità risarcitoria basata sulla colpa.

Come però quella stessa dottrina si perita di precisare, la penalità di mora è slegata dal risarcimento dal danno; quest'ultimo assume, per espressa previsione normativa, solo il ruolo di criterio informatore, e

non l'unico, della scelta giudiziale relativa alla determinazione della somma da pagare in caso di inadempimento dell'ordine.

Se allora la penalità viene di fatto resa autonoma da finalità propriamente risarcitorie, non si vedono difficoltà a configurarla come sanzione punitiva, ed in particolare come vera e propria pena privata³⁵⁸; a tal riguardo, merita riprendere l'insegnamento di un illustre penalista il quale, trattando della funzione delle sanzioni punitive, ammoniva che *"nella comminatoria sta il senso di queste sanzioni, la cui previsione corrisponde ad una finalità di prevenzione generale"*, differenziandole così dal risarcimento, che *"non guarda all'illecito come all'indebita rottura di un ordine che occorre impedire, ma come all'ingiusta alterazione di un a proporzione quantitativa, che è necessario ristabilire"*³⁵⁹.

A tal proposito, e per concludere, sembra essere più che lecito un confronto della penalità di mora ex art. 614-bis c.p.c. con la clausola penale ex art. 1384 c.c.: in primo luogo, poiché è riconosciuto che, ferma restando la complessità funzionale della seconda, essa partecipi comunque di una componente afflittiva³⁶⁰; in secondo luogo, poiché anche il dato comparato mette in luce l'analogia funzionale tra i due istituti, come si evince chiaramente dalla testimonianza che ci proviene dalla prassi tedesca, in seno alla quale, quando viene commessa una violazione, non basta ad evitare l'inibitoria il semplice impegno dell'autore dell'illecito a non ripetere più l'attività, ma occorre anche la sua accetta-

³⁵⁸ V. in tal senso DE STEFANO, *L'esecuzione indiretta : la coercizione, via italiana alle "astreintes"*, cit., p. 1181.

³⁵⁹ MANTOVANI, *«Lectio brevis» sulla sanzione*, cit., p. 60.

³⁶⁰ Ci si limita a richiamare il recentissimo saggio di LUCCHINI GUASTALLA, *Riflessioni in tema di clausola penale*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 91, per una efficace sintesi dei caratteri della clausola penale.

zione di una clausola penale che copra ogni possibile, ulteriore violazione³⁶¹.

³⁶¹ HAUSMANN, *L'esperienza tedesca*, in *Azione inibitoria e interessi tutelati*, cit., p. 178.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV. *Azione inibitoria e interessi tutelati* (Atti del Convegno di studio in Perugia, 14-15 aprile 2005), a cura di A. Bellelli, Napoli, ESI, 2007

AA.VV., *Commento sub art. 129*, in *Codice della proprietà industriale*, Milano, Giuffré, 2013

AA.VV., *Commentario breve al Codice civile Cian-Trabucchi*, a cura di G. Cian, 9a ed., Padova, CEDAM, 2009

AA.VV., *Artt. 1173-1320 – Obbligazioni*, in *Commentario al Codice civile* a cura di P. Cendon, Milano, Giuffré, 2009,

AA.VV., *Diritto industriale – Proprietà intellettuale e concorrenza*, 4a ed., Torino, Giappichelli, 2012.

AA.VV., *Diritto privato, Parte prima*, Torino, UTET, 2009

AA.VV., *Diritto privato, Parte terza*, Torino, UTET, 2010

AA.VV., *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato* a cura di M. Maugeri e A. Zoppini, Il Mulino, Bologna, 2009.

AA.VV., *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette - Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, a cura di A. Genovese, Padova, CEDAM, 2008

AA.VV., *Il diritto soggettivo*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da R. Sacco, Torino, UTET, 2001

AA.VV., *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei Principles of European Tort Law*, a cura di P. Sirena, Milano, Giuffré, 2011

AA.VV., *La protezione dei dati personali – Commentario al D. Lgs. 30 giugno 2003, n. 196 («Codice della privacy»)*, a cura di C.M. Bianca e F.D. Busnelli, CEDAM, Padova

AA.VV., *Manuale di diritto commerciale*, ideato da V. Buonocore, 11a ed., Torino, Giappichelli, 2013

AA.VV., *Oltre il pubblico e il privato – Per un diritto dei beni comuni*, a cura di M.R. Marella, Verona, Ombre Corte ed., 2012.

AA.VV., *Principi europei e illecito ambientale*, a cura di A. D'Adda, I.A. Nicotra, U. Salanitro, Torino, Giappichelli, 2013

AA.VV., *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, vol. I e II, Jovene, Napoli, 1989

AA.VV., *Rimedi e tecniche di protezione del consumatore*, a cura di A.M. Gambino, Torino, Giappichelli, 2011

AFFERNI, *Recenti sviluppi dell'azione di classe*, in *Contr. impr.*, 2013, p. 1283 ss.

AIELLO e GIACOBBE, *Della denuncia di nuova opera e di danno temuto (art. 1171-1172)*, in AIELLO-GIACOBBE-CARAMAZZA, *Libro III - Comunione, possesso e azioni di nunciazione, art. 1100-1172*, in *Comm. teorico-pratico al cod. civ.* diretto da V. de Martino, PEM, Roma-Novara, 1971

AIELLO-GIACOBBE-PREDEN, *Guida ai provvedimenti d'urgenza, Orientamenti e prassi della giurisprudenza in tema di art. 700 c.p.c.*, Milano, Giuffré, 1982

ALBANESE, voce "Illecito (storia)", in *Enc. dir.*, Milano, Giuffré, XX, 1970

ALPA, *Il problema della atipicità dell'illecito*, Napoli, Jovene, 1979

ALPA, "Interessi diffusi", in *Dig. disc. priv.*, Torino, UTET, 1993

ALPA, *La legge sui diritti dei consumatori*, in *Corr. giur.*, 1998, p. 997 ss.

ALPA e BESSONE, *La responsabilità civile*, 3a ed., Milano, Giuffré, 2001

ALPA, *La responsabilità civile. Parte generale*, Torino, UTET, 2010

ALPA e RESTA, *Le persone e la famiglia, 1, Le persone fisiche e i diritti della personalità*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da R. Sacco, Torino, UTET, 2006

ARGENTATI, *La disciplina speciale delle relazioni commerciali nel settore agroalimentare. Riflessioni sull'art. 62 L. N. 27 del 2012*, in *Giust. civ.*, 2012, II, p. 441 ss.

ASTONE, *L'autonoma rilevanza dell'atto illecito – Specificità dei rimedi*, Giuffré, Milano, 2012

ATIENZA-RUIZ MANERO, *Illeciti atipici – L'abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento di potere*, Bologna, Il mulino ed., 2004 (trad. it ed. orig. *Ilicitos atipicos*, Madrid, Ed. Trotta, 2000)

ATTARDI, *L'interesse ad agire*, CEDAM, Padova, 1955

BACCHINI, *La descrizione secondo il nuovo art. 129 c.p.i.*, in *Il dir. ind.*, 2010, p. 505 ss.

BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, 3 voll., 2a ed., Milano, Giuffré, 1963-64

BASILICO, *La tutela civile preventiva*, Milano, Giuffré, 2013

BELLELLI, *L'inibitoria come strumento generale di tutela contro l'illecito*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 610 ss.

BETTI, voce, "Autotutela", in *Enc. dir.*, Milano, Giuffré, IV, 1959

BIANCA, *L'inibitoria come rimedio di prevenzione dell'illecito*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, t. 1, Milano, Giuffré, 2008, p. 141 ss.

ID., *Diritto civile, I, La norma giuridica, i soggetti*, 2a ed., Milano, Giuffré, 2002

ID., *Diritto civile, II, La famiglia, le successioni*, Milano, Giuffré, 1994 (rist. 2011)

ID., *Diritto civile, III, Il contratto*, Milano, Giuffré, 2000

ID., *Diritto civile, V, La responsabilità*, Milano, Giuffré, 1994 (rist. 2011)

ID., voce "Autotutela", in *Enc. dir.*, Milano, Giuffré, Agg. IV, 2000

BIGLIAZZI GERI, *Autotutela (diritto civile)*, in *Rapporti giuridici e dinamiche sociali. Principi, norme, interessi emergenti. Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1998

BIGLIAZZI GERI-BRECCIA-BUSNELLI-NATOLI, *Diritto civile, 1, Norme, soggetti e rapporto giuridico*, t. 1, Torino, UTET, 2000

BIGLIAZZI GERI-BRECCIA-BUSNELLI-NATOLI, *Diritto civile, 2, Diritti reali*, UTET, Torino, 2001

BIGLIAZZI GERI-BRECCIA-BUSNELLI-NATOLI, *Diritto civile, 3, Obbligazioni e contratti*, UTET, Torino, 1992 (ed. rist. 1995)

BIONDI, *Le servitù*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu-Messineo, Milano, Giuffrè, 1967

BLOCH, *La cessation de l'illicite – Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Paris, Dalloz, 2008

BOBBIO, voce "Sanzione", in *Nov. Dig. it.*, XVI, 1969, p. 530 ss.

BOCCHINI, *La responsabilità extracontrattuale del provider*, in AA.VV., *Manuale di diritto dell'informatica*, a cura di D. Valentino, 2a ed., ESI, Napoli, p. 125 ss.

BOERO, *Le ipoteche*, in *Giur. sist. dir. civ. e comm.* fondata da W. Bigiavi, Torino, UTET, 1984

BONACCORSI DI PATTI, *Prime considerazioni sui procedimenti in materia di clausole vessatorie innanzi all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Dir. econ. assicur.*, 2013, p. 35 ss.

BONASI BENUCCI, *Atto illecito e concorrenza sleale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, p. 566 ss.

BORRUSO, *La pubblicità ingannevole e la nuova disciplina della pubblicità comparativa*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, II, p. 700 ss.

BOVE, *La misura coercitiva di cui all'art. 614-bis c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 783 ss.

BRECCIA, *Art. 7*, in PIZZORUSSO-ROMBOLI-BRECCIA-DE VITA, *Delle persone fisiche – Art. 1-10*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1988

ID., *Le obbligazioni*, in *Tratt. di dir. priv.*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, Giuffré, 1991

BUSNELLI, *Della tutela dei diritti*, in BIGLIAZZI GERI-BUSNELLI-FERRUCCI *Comm. cod. civ.*, Libro VI, t. 4°, UTET, Torino, 1964

ID., voce “*Illecito civile*”, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988

BUSNELLI, *Atto illecito e contratto illecito: quale connessione?*, in *Contr. e impr.*, 2013, p. 878 ss.

ID., “*Verso una giurisprudenza che si fa dottrina. Considerazioni in margine al revirement della Cassazione sul danno da cd. nascita malformata*”, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 1529

BUSNELLI e PATTI, *Danno e responsabilità civile*, 2a ed., Torino, Giapichelli, 2012

CALORE, voce “*Legittima difesa (dir. can.)*”, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffré, XXIV, 1974

CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, 1, Diritto dell’impresa*, 6a ed., Torino, UTET, 2008

CANEPA, nota a Trib. Rovereto, 11 maggio 2000, in *Foro it.*, 2002, II, c. 140 ss.

CANNADA BARTOLI, voce “*Illecito (dir. amm.)*”, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffré, XX, 1970

CAPONI, *L’efficacia del giudicato civile nel tempo*, Milano, Giuffré 1991

ID., *Efficacia dell’inibitoria nel tempo*, nota a Cass., sez. III, 14 giugno 2001, n. 8056, in *Foro it.*, 2002, I, c. 1487

CARINGELLA, nota a Cass., sez. II, 22 dicembre 1995, n. 13069, in *Foro it.*, 1996, I, c. 533 ss.

CARLEO, *La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie*, in *Obbl. e contr.*, 2012, p. 495

CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Padova, CEDAM, 1930

CARNEVALE, *L'azione inibitoria in materia di ritardi nei pagamenti delle transazioni commerciali*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, p. 1117 ss.

CARRATTA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, Torino, Giappichelli, 1997

CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, 2a ed., Milano, Giuffré, 2006

CECCHERINI, *Risarcimento del danno e riparazione in forma specifica*, Milano, Giuffré, 1989

ID., *La tutela degli interessi diffusi*, AA.VV., *Norme in materia di danno ambientale – legge 8 luglio 1986, n. 349*, a cura di E. Cesaro, Corrado Maria Nigro ed., 1987

CHIARLONI, *Esecuzione indiretta. Le misure coercitive ai sensi dell'art. 614-bis c.p.c.*, nel portale *Treccani.it*,

CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza*, Padova, CEDAM, 1966

COCOZZA e CASATI, nota a Trib. Milano, 16 novembre 2012, in *Dir. ind.*, 2013, p. 5 ss.

COMOGLIO, *Art. 24 Cost.*, in AA.VV., *Rapporti civili, Art. 24-26*, in *Comm. Costituzione* a cura di G. Branca, Roma-Bologna, Zanichelli, 1981

COMPORTI, *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*, Napoli, Morano, 1965

ID., *Diritti reali in generale*, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo*, continuato da P. Schlesinger, Milano, Giuffré, 2011

CONSOLO, *Il rischio da "ignoto tecnologico": un campo arduo – fra lecito ed illecito – per la tutela cautelare inibitoria*, in *Resp. civ. prev.*, 2003, p. 599 ss.

ID., *Una buona “novella” al c.p.c.: la riforma del 2009 (con i suoi artt. 360 bis e 614 bis) va ben al di là della sola dimensione processuale*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 742 ss.

ID., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, vol. 1, *Le tutele: di merito, sommarie ed esecutive*, 2a ed., Torino, Giappichelli, 2012

CONSOLO-ZUFFI, *L'azione di classe ex art. 140-bis cod. cons.*, Padova, CEDAM, 2012

CONTI, *Ai nastri di partenza l'inibitoria a tutela degli interessi collettivi ex art. 3 l. n. 281/1998*, nota a Trib. Torino, ord. 3 ottobre 2000, in *Corr. giur.*, 2001, p. 389 ss.

COOTER-MATTEI-MONATERI-PARDOLESI-ULEN, *Il mercato delle regole - 1. Fondamenti*, Bologna, Il Mulino, 2006

CORRADO, *I marchi dei prodotti e dei servizi*, UTET, Torino, 1972

COSTANTINO, *La tutela collettiva risarcitoria: note a prima lettura dell'art. 140 bis cod. consumo*, in *Foro it.*, 2008, V, c. 17 ss.

ID., *La tutela collettiva risarcitoria 2009: la tela di Penelope*, in *Foro it.*, 2009, V, c. 388 ss.

COVIELLO, *L'obbligazione negativa – Contributo alla teoria delle obbligazioni*, Napoli, ESI, 1978 (rist. inalterata Univ. Camerino; ed. orig. 1931-34)

D'ADDA, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di tutela civile inibitoria definitiva*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999

ID., *Dei fatti illeciti – Artt. 2044-2059*, in *Comm. cod. civ.* diretto da E. Gabrielli, Torino, UTET, 2011

D'AGOSTINO, voce “Sanzione”, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffré, XLI, 1989

DE CRISTOFARO, *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti fra professionisti e consumatori: il d.leg. n. 146 del 2 agosto 2007, attuativo della direttiva 2005/29/Ce*, in *Studium iuris*, 2007, p. 1192 ss.

DE CUPIS, *Dei fatti illeciti – Art. 2043-2059*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja-Branca, Roma-Bologna, Zanichelli, 1971

ID., *Il danno - Teoria generale della responsabilità civile*, vol. I e II, Milano, Giuffré, 1979

DE GIORGI, *Salute, ambiente e tutela inibitoria*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, II, p. 181 ss.

DE LISE e COSSU, *Libro VI - Della tutela dei diritti, Delle ipoteche*, art. 2808-2899, in *Comm. teorico-pratico al cod. civ.*, diretto da V. de Martino, Novara-Roma, PEM, 1974

DE LISE e COSSU, *Libro VI - Della tutela dei diritti, Mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale-Tutela giurisdizionale dei diritti-Prescrizione e decadenza*, art. 2900-2969, in *Comm. teorico-pratico al cod. civ.*, diretto da V. de Martino, Novara-Roma, PEM, 1981

DE MARTINO, *Del possesso - Della denuncia di nuova opera e di danno temuto*, Artt. 1140-1172, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, 5a ed., Roma-Bologna, Zanichelli, 1984

DE MARTINO-RESTA-PUGLIESE, *Della proprietà*, Artt. 810-956, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, 4a ed., Roma-Bologna, Zanichelli, 1976

DE NOVA, *I contratti dei consumatori e la legge sulle associazioni*, in *I contratti*, 1998, p. 545 ss.

DE RUGGIERO-MAROI, *Istituzioni di diritto privato*, vol. I e II, Milano-Messina, ed. Principato, 1947

DE STEFANO, *L'esecuzione indiretta : la coercizione, via italiana alle "astreintes"*, in *Corr. merito*, 2009, p. 1181 ss.

DE VITA, *Art. 10*, in PIZZORUSSO-ROMBOLI-BRECCIA-DE VITA, *Delle persone fisiche - Artt. 1-10*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca* a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1988

DI CATALDO, *L'esperienza italiana dell'autodisciplina pubblicitaria*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013

DI CIOMMO, *"Lo «spamming», dalle reti telematiche alle aule dei tribunali"*, in *Foro it.*, 2004, I, c. 2908 ss.

DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, 4a ed., Milano, Giuffré, 2003

- DIANA, *Le immissioni – Tipologie, azioni e tutele*, Milano, Giuffré, 2013
- DIURNI, *Dei fatti illeciti, art. 2044-2059*, a cura di U. Carnevali, in *Comm. cod. civ.* diretto da E. Gabrielli, Torino, UTET, 2011
- DONZELLI, voce “*Interessi collettivi e diffusi*”, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2007
- ID., *La tutela collettiva dei consumatori davanti alla Corte di Cassazione*, nota a Cass. civ., sez. III, 18 agosto 2011, n. 17351, in *Corr. giur.*, 2012, p. 214 ss.
- FALZEA, voce “*Accertamento (teoria generale)*”, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffré, I, 1958
- FANTETTI, *L’omogeneità della situazione dei proponenti la class action*, in *Obbl. e contr.*, 2012, p. 281 ss.
- FAZZALARI, voce “*Giurisdizione volontaria (dir. proc. civ.)*”, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffré, XIX, 1970
- ID., voce “*Sentenza civile*”, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffré, XLI, 1989
- ID., voce “*Tutela giurisdizionale dei diritti*”, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffré, XLV, 1992
- FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, UTET, 2006
- FERRINI, voce “*Illecito (in genere)*”, in *Nuovo Dig. it.*, XVI, Torino, UTET, 1938
- FIANDACA e MUSCO, *Diritto penale – Parte generale*, 6a ed. Bologna, Zanichelli ed., 2009 (rist. 2010)
- FIORENTINO, *Le pratiche commerciali scorrette*, in *Obbl. e contr.*, 2011, p. 165 ss.
- FLORIDIA, *Il Codice della proprietà industriale: disposizioni generali e principi fondamentali*, in *Dir. ind.*, 2005, p. 11 ss.
- FRANCESCHELLI, voce “*Concorrenza – II) Concorrenza sleale*”, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, s.d.

FRANZONI, *L'illecito*, in *Tratt. della resp. civ.* diretto da M. Franzoni, vol. I, Giuffré, Milano, 2010

FRIGNANI, voce “*Inibitoria (azione)*”, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffré, XXI, 1971

ID., *L'injunction nel diritto inglese e l'inibitoria nel diritto italiano*, Giuffré, Milano, 1974

ID., voce “*Azione in cessazione*”, in *Nov. Dig. it.*, Torino, UTET, App. 1980

ID., voce “*Inibitoria (azione) – Diritto comparato e straniero*”, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, s.d.

GABRIELLI, *Sulla legittimazione a domandare la cessazione di immissioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, II, p. 627 ss.

GAMBARO, *I beni*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu-Messineo, cont. da P. Schlesinger, Milano, Giuffré, 2012

ID., *Il diritto di proprietà*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu-Messineo contin. da L. Mengoni, Giuffré, Milano, 1995

GAMBINERI, *Attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare*, in *Foro it.*, 2009, V, c. 320 ss.

GAMBINO, FALCE e STAZI, *Rassegna degli orientamenti dell'Autorità garante in materia di pratiche commerciali scorrette*, in *Concorr. e merc.*, 2011, p. 355 ss.

GANDOLFI, *In tema di rapporto obbligatorio e di “inibitoria”*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, II, p. 159 ss.

GAVAZZI, voce “*Sanzione*”, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1994

GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, ESI, 2005

GENTILE, *Effetti del possesso e azioni possessorie*, Napoli, Jovene, 1958

GENTILI, *Sull'accesso alla giustizia dei consumatori*, in *Contr. impr.*, 2000, p. 680 ss.

GHIDINI, *La concorrenza sleale: i principi*, in GHIDINI-LIBERTINI-VOLPE PUTZOLU, *La concorrenza e i consorzi*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. dell'econ.* diretto da F. Galgano, vol. IV, CEDAM, Padova, 1981

GHIDINI-CERASANI, voce "*Consumatore (tutela del) (diritti civili)*", in *Enc. dir.*, Agg. V, Milano, Giuffré, 2001

GHIRGA, *Le nuove norme sui procedimenti cautelari*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 781 ss.

GHIRON, *la concorrenza e i consorzi*, in *Tratt. dir. civ. italiano*, diretto da F. Vassalli, vol. X, t. 1, UTET, Torino, 1949

GITTI, *Rapporto di consumo e pratiche commerciali*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, p. 1 ss.

GIUGNI, *Diritto sindacale*, Bari, Cacucci Editore, 2003

GIUSSANI, *La tutela degli interessi collettivi nella nuova disciplina dei diritti dei consumatori*, in *Danno e resp.*, 1998, p. 1061 ss.

GRECO, *Libro V- Del lavoro, Azienda-Diritto d'autore e di brevetto-Concorrenza e consorzi-Norme penali su società e consorzi*, art. 2555-2583 (t. I), art. 2584-2642 (t. II), in *Comm. teorico-pratico al cod. civ.*, diretto da V. de Martino, Novara-Roma, PEM, 1974

GRISI, *Rapporto di consumo e pratiche commerciali*, in *Eur. e dir. priv.*, 2013, p. 4 ss.

GROSSI, voce "*Proprietà (dir. interm.)*", in *Enc. dir.*, Milano, Giuffré, XXXVII, 1988

GROSSO (C.F.), voce "*Legittima difesa*", in *Enc. dir.*, Milano, Giuffré, XXIV, 1974

GROSSO (A.), *Le misure sanzionatorie nella concorrenza sleale*, in *Il dir. ind.*, 2011, p. 478 ss.

GROSSO-DEIANA, *Le servitù prediali*, in *Tratt. dir. civ. italiano* diretto da F. Vassalli, V, 1, vol. I e II, 2a ed., Torino, UTET, 1955

GUERINONI, *Pratiche commerciali scorrette. Fattispecie e rimedi*, Milano, Giuffré, 2010

HART, *Il concetto di diritto*, Torino, Einaudi, 2002 (rist. trad. ita. 1965; ed. orig.: *The concept of law*, Oxford University Press, London, 1961)

IUDICA, *Diritti diffusi*, in *Enc. del Novecento*, Suppl. 2004, Treccani, Roma, presso il portale www.treccani.it

IURILLI, *Servizi a banda larga ed ingannevolezza del messaggio pubblicitario. La prova del danno nell'azione inibitoria*, nota a Trib. Roma 2 maggio 2007, in *La resp. civ.*, 2008, p. 426 ss.

KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 2000 (rist.; ed. orig. 1952, trad. di *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Wien, Verlag, 1934)

LAMORGESE, *Il tribunale di Firenze rivendica (a ragione) la giurisdizione sui diritti fondamentali*, nota a Trib. Firenze 23 giugno 2011, 19 marzo 2012 e 22 novembre 2011, in *Giur. merito*, 2012, p. 2317 ss.

LENA, nota a Cass. civ., sez. I, 29 settembre 2006, n. 21172, in *Fam. e dir.*, 2007, p. 134 ss.

LENER, "Immissioni 'intollerabili' e azione inibitoria ex art. 844 .c.c: natura, legittimazione attiva e rapporti con l'«actio negatoria». La tutela del promissario acquirente nel preliminare c.d. 'ad effetti anticipati'", in *Foro it.*, 1994, I, c. 205 ss.

LIBERTINI, *Azioni e sanzioni nella disciplina della concorrenza sleale*, in GHIDINI-LIBERTINI-VOLPE PUTZOLU, *La concorrenza e i consorzi*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. dell'econ.* diretto da F. Galgano, vol. IV, CEDAM, Padova, 1981

ID., nota a Cass. civ., sez. I, 25 luglio 1986, n. 4755, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1987, I, p. 386 ss.

ID., *Nuove riflessioni in tema di tutela civile inibitoria e risarcimento del danno*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 398

ID., *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Contr. impr.*, 2009, p. 89 ss.

ID., voce "Concorrenza", in *Enc. dir., Annali*, Milano, Giuffré, 2010, p. 191 ss.

LUCCHINI GUASTALLA, *Riflessioni in tema di clausola penale*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 91 ss.

LUGO, voce "Azione popolare", in *Enc. dir.*, IV, Milano, Giuffré, 1959

LUISO, *Diritto processuale civile*, Giuffré, Milano, 2000

MACIOCE, *L'obbligazione e il contratto*, Torino, Giappichelli, 3a ed., 2013

MAGNO, *L'azione inibitoria collettiva in materia di anatocismo bancario*, in *Contr. e impr.*, 2010, p. 1017 ss.

MAIORCA, voce "Colpa civile", in *Enc. dir.*, Milano, Giuffré, VII, 1960

ID., voce "Responsabilità (teoria generale)", in *Enc. dir.*, Milano, Giuffré, XXXIX, 1988

MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile* (a cura di A. Carratta), vol. I, Giappichelli, Torino, 2010

MANGANO, *Diritto all'oblio*, in *Giur. merito*, 2012, p. 2621

MANTOVANI, *Lectio brevis sulla sanzione*, in *Le pene private*, a cura di F.D. Busnelli e G. Scalfi, Milano, Giuffré, 1985

MARINUCCI, *Gli effetti della sentenza inibitoria prevista dall'art. 1469sexies c.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 216 ss.

MARRA, voce "Sanzione", in *Dig. disc. priv.*, Torino, UTET, 1998

MATTEI, *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria*, Milano, Giuffré, 1987

ID., *Beni comuni – Un manifesto*, Bari, Laterza, 2011

MAUGERI, *Il rimedio inibitorio nella giurisprudenza "ambientale": il diritto all'ambiente salubre come espediente retorico*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, II, p. 165 ss.

ID., *Violazione delle norme contro l'inquinamento ambientale e tutela inibitoria*, Giuffré, Milano, 1997

ID., *Immissioni acustiche, normale tollerabilità e normative di settore: la nuova disciplina*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, p. 204 ss.

MAZZAMUTO, *La nozione di rimedio nel diritto continentale*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, p. 585 ss.

ID., *L'esordio della comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c. nella giurisprudenza di merito*, in *Giur. it.*, 2010, p. 640

MENGOLI, *Manuale di diritto urbanistico*, VI ed., Milano, Giuffré, 2009

MENGONI, *Scritti*, vol. I e II (*Metodo e teoria giuridica – Obbligazioni e negozio*), a cura di C. Castronovo, A. Albanese e A. Nicolussi, Milano, Giuffré, 2011

MERLIN, *Prime note sul sistema delle misure coercitive pecuniarie per l'attuazione degli obblighi infungibili nella L. 69/2009*, in *Riv. dir. proc.*, 2009

MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, 9a ed., Milano, Giuffré, 1957-58

MESSINETTI, voce "*Personalità (diritti della)*", in *Enc. dir.*, Milano, Giuffré, XXXIII, 1983

MEUCCI, *L'irrilevanza della intenzionalità nella condotta antisindacale*, in *DL online - Rivista telematica di diritto del lavoro* (www.di-elle.it)

MINERVINI, *I contratti dei consumatori e la legge 30 luglio 1998, n. 281*, in *I contratti*, 1999, p. 938 ss.

MONATERI, *La responsabilità civile*, Torino, UTET, 1998

MONDINI, nota a Trib. Cagliari, 19 ottobre 2009, e Trib. Terni, 4 agosto 2009, in *Foro it.*, 2011, I, c. 287 ss.

MONTELEONE, recensione a RAPISARDA (*Profili della tutela civile inibitoria*, cit.), in *Riv. dir. civ.*, 1988, p. 419

MONTESANO, voce "*Obbligo a contrarre*", in *Enc. dir.*, Milano, Giuffré, XXIX, 1979

ID., *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da F. Vassalli, 2a ed., UTET, Torino, 1994

NAVARRETTA, *Riflessioni in margine all'ingiustizia del danno*, in *Liber amicorum per Francesco D. Busnelli*, vol. I, Milano, Giuffré, 2008

NEVOLA, in AA. VV., *La responsabilità civile – Trattato teorico-pratico*, a cura di P. Fava, Giuffré, Milano, 2009

NICOLÒ, voce “Codice civile”, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffré, VII, 1960

NIVARRA, *Itinerari del diritto d'autore*, Quaderni AIDA, n. 6, Milano, Giuffré, 2001

NOCERA, *Il danno da atti di concorrenza sleale deve essere provato secondo le regole generali*, nota a Cass. civ., sez. II, 25 settembre 2012, n. 16294, in *Dir. e giust.*, 2012, p. 865 ss.

NOTARPASQUALE, nota a Trib. Varese, ord 16 febbraio 2011, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, p. 879-880

PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, Milano, Giuffré, 2004

PESCATORE-ALBANO-GRECO, *Della proprietà*, in *Comm. cod. civ.*, t. I, II e III, Torino, UTET, 1968

PETRUCCI, voce “Condanna”, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffré, VIII, 1961

PICCINNI, *Immissioni e tutela della persona – Contaminazioni personalistiche dell'art. 844 cod. civ.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II, p. 16 ss.

PIETROBON, *Illecito e fatto illecito, inibitoria e risarcimento*, Padova, CEDAM, 1998

PINO, *Teorie e dottrine dei diritti della personalità. Uno studio di meta-giurisprudenza analitica*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1/2003, p. 247 ss.

PIRAINO, *Diligenza, buona fede e ragionevolezza nelle pratiche commerciali scorrette. Ipotesi sulla ragionevolezza nel diritto privato*, in *Eur. dir. priv.*, 2010 p. 1120 ss.

POLETTI, *Il danno risarcibile*, in AA.VV., *Diritto civile*, Vol. IV, t. III, *Attuazione e tutela dei diritti – La responsabilità e il danno*, Milano, Giuffré, 2009

ID., *Sull'infungibilità degli obblighi di cui all'art. 614 bis c.p.c.*, in *Giur. it.*, 2014, p. 3 ss.

PROTETTI, *Libro I – Delle persone e della famiglia, Persone fisiche e giuridiche-Domicilio e residenza-Assenza e morte presunta-Parentela e affinità, art. 1-78*, in *Comm. teorico-pratico al cod. civ.*, diretto da V. de Martino, Novara-Roma, PEM, 1971

PROTO PISANI, *Brevi note in tema di tutela specifica e tutela risarcitoria*, in *Foro it.*, 1983, V, c. 132 ss.

ID., *I diritti e le tutele*, in *Tratt. dir. civ. del Cons. Naz. del Notariato*, IX, 2, ESI, Napoli, 2008

ID., *Appunti sulla tutela di condanna (trentacinque anni dopo)*, in *Foro it.*, 2010, V, c. 257 ss.

PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Giuffré, Milano, 1935 (oggi raccolto in *Scritti giuridici*, vol. I, Giuffré, Milano, 2008)

PULEO, *Quale giustizia per i diritti di libertà? – Diritti fondamentali, effettività delle garanzie giurisdizionali e tecniche di tutela inibitoria*, Milano, Giuffré, 2005

QUARANTA, *Libro III, Della proprietà, Beni e proprietà in generale, art. 810-872*, in *Comm. teorico-pratico al cod. civ.*, diretto da V. de Martino, Novara-Roma, PEM, 1970

QUARANTA-PREDEN, *Libro III, Della proprietà, art. 873-951*, in *Comm. teorico-pratico al cod. civ.*, diretto da V. de Martino, Novara-Roma, PEM, 1971

ID., *Libro III, Della proprietà, Delle servitù prediali, art. 1027-1099*, in *Comm. teorico-pratico al cod. civ.*, diretto da V. de Martino, Novara-Roma, PEM, 1976

QUERCI, *Le novità introdotte nel Codice del consumo dal d.l. 1/2012 ed il ruolo delle associazioni dei consumatori nella tutela contro le clausole vessatorie*, in *Contr impr.*, 2013, p. 446 ss.

RAPISARDA, *Profili della tutela inibitoria*, Padova, CEDAM, 1987

- ID., voce *"Inibitoria"*, in *Dig. disc. priv.*, vol. IX, Torino, UTET, 1993
- RAPISARDA-TARUFFO, voce *"Inibitoria (azione) – Diritto processuale civile"*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, s.d.
- RAVAZZONI, *Le ipoteche*, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo*, cont. da P. Schlesinger, Milano, Giuffré, 2006
- RENDÀ, *L'abuso familiare*, in *Gli abusi familiari*, a cura di M. Paladini, Padova, CEDAM, 2009
- RESCIGNO, voce *"Obbligazioni"*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffré, XXIX; 1979
- RESTA, *Diritti della personalità: problemi e prospettive*, in *Dir. informaz. e informatica*, 2007, p. 1043 ss.
- ROSSI CARLEO, *La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie*, in *Obbl. e contr.*, 2012, p. 495.
- ROTONDI, *Diritto industriale*, Padova, CEDAM, 1965
- RUBINO, *L'ipoteca mobiliare e immobiliare*, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo*, Milano, Giuffré, 1956
- RUMI, *Il controllo amministrativo delle clausole vessatorie*, in *I contratti*, 2012, p. 638 ss.
- SACCO, *Il possesso*, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo*, continuato da L. Mengoni, Giuffré, Milano, 1988
- SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 9a ed. (rist.), Napoli, Jovene, 2002
- ID., voce *"Diritti assoluti e relativi"*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffré, XII, 1964
- SALVI, voce *"Responsabilità extracontrattuale (dir. vig.)"*, in *Enc. dir.*, cit., XXXIX, 1988
- ID., voce *"Risarcimento del danno"*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffré, XL, 1989

ID., *La responsabilità civile*, in *Tratt. di dir. priv.* a cura di G. Iudica e P. Zatti, 2a ed., Milano, Giuffrè, 2005

SCADUTO-RUBINO, voce "*Illecito (Atto) (diritto moderno)*", in *Nuovo Dig. it.*, Torino, UTET, XVI, 1938

SCALISI, *Ingiustizia del danno e analitica della responsabilità civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 29 ss.

ID., *Danno alla persona e ingiustizia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 147 ss.

ID., *Illecito civile e responsabilità: fondamento e senso di una distinzione*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, p. 657 ss.

SCHIPANI, *Contributi romanistici al sistema della responsabilità extracontrattuale*, Torino, Giappichelli, 2009

SCOGNAMIGLIO (C.), voce "*Ingiustizia del danno*", in *Enc. giur. Treccani*, Roma, Agg. 1996

SCOGNAMIGLIO (R.), voce "*Illecito*", in *Nov. Dig. it.*, Torino, UTET, VIII, 1968 (oggi in *Scritti giuridici*, vol. I, Padova, CEDAM, 1996)

ID., voce "*Responsabilità civile*", in *Scritti giuridici*, vol. I, Padova, CEDAM, 1996

SIRENA, *Il sequestro della stampa a tutela del diritto all'immagine*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, II, p. 135 ss.

ID., *La restituzione dell'arricchimento e il risarcimento del danno*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, p. 65 ss.

SIRENA e ADAR, *La prospettiva dei rimedi nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, p. 359 ss.

SPADA, *Domain names e dominio dei nomi*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, p. 713 ss.

ID., *Dalla concorrenza sleale alle pratiche commerciali scorrette nella prospettiva rimediale*, in *Il dir. ind.*, 2011, p. 45 ss.

STELLA RICHTER, *Art. 342-bis*, in *La giurisprudenza sul Codice civile, Libro I – Delle persone e della famiglia – Art. 231-455*, a cura di S. Ruperto, Milano, Giuffré, 2011

THIENE, *La tutela della personalità dal neminem laedere al suum cuique tribuere*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 351 ss.

TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, XLIV ed., Padova, CEDAM, 2009

TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, 5a ed., Giappichelli, Torino, 2002

TRIMARCHI, voce “*Illecito (dir. priv.)*”, in *Enc. dir.*, XX, Milano, Giuffré, 1970

ID., *Istituzioni di diritto privato*, 19a ed., Milano, Giuffré, 2011

TROTTA, *Social network e tutela dell'immagine*, in *Il dir. ind.*, 2010, p. 282 ss.

VANZ, nota a Cass., sez. I, 25 luglio 1995, n. 8080, in *Dir. ind.*, 1996, p. 776 ss.

VANZETTI (M.), *Contributo allo studio delle misure correttive e delle sanzioni civili nel diritto industriale: i profili processuali dell'art. 124 c.p.i.*, in *Riv. dir. ind.*, 2010, I, p. 26 ss.

VANZETTI-DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, 7a ed., Milano, Giuffré, 2012

VENEZIAN, *Danno e risarcimento fuori dei contratti*, in *Opere giuridiche*, I, *Studi sulle obbligazioni*, Roma, 1919

VITALI, *Libro IV - Della locazione, art. 1571-1654*, in *Comm. teorico-pratico al Cod. civ.* diretto da V. de Martino, PEM, Roma-Novara, 1975